This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 106 245 889

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUL 8 1919

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber

richterliche Ermittlung und Feststellung

des

Sachverhalts

im Civilprozesse.

Eine Studie zur Reichscivilprozeßordnung

von

K. Schneider,

Amtsrichter.

Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1888.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber

richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozesse.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueber

richterliche Ermittlung und Feststellung

des

Sachverhalts

im Civilprozesse.

Eine Studie zur Reichscivilprozeßordnung

von

K. Schneider,

Amtsrichter.

Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1888.

Digitized by Google

JUL 8 1919

Digitized by Google

Seinem hochverehrten Lehrer,

Herrn Geheimrat Professor Dr. O. von Bülow,

als ein Zeichen unwandelbarer Ergebenheit

gewidmet vom Verfasser.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Bedeutung der Worte: „Sachverhalt", „Ermittlung" und „Feststellung"	3
§ 3.	Verhältnis des Sachverhaltes zu den Parteibehauptungen, der Parteien zum Gerichte und untereinander	8
§ 4.	**I. Die Grenzen der richterlichen Mitwirkungspflicht**	16
§ 5.	1. Bei der Ermittlung. — a. Dispositions- oder Verhandlungsmaxime	17
§ 6.	Fortsetzung. — Beurteilung und Anwendung der Verhandlungsmaxime in Lehre und Rechtsübung. — § 464 der C. P. O.	26
§ 7.	Fortsetzung. — Die unbestrittenen Parteibehauptungen sind für den Richter der Regel nach maßgebend. (Wissens- und Willensgeständnis.)	40
§ 8.	Fortsetzung. — Ermittlung bei unbestrittenem Sachverhalte	62
§ 9.	b. Die Verteilung der Beweislast	64
§ 10.	2. Bei der Feststellung	67
§ 11.	a. Beschränkung auf die Forschungsmittel der Prozeßordnung und deren Erhebungsform	72
§ 12.	b. Die gesetzlichen Beweisregeln	78
§ 13.	c. Der Parteieid	80
§ 14.	Anhang. — Die sog. Rechtsvermutungen	86
§ 15.	**II. Die praktische Bedeutung der richterlichen Mitwirkungspflicht. — Wert des sog. „Urteilsthatbestandes"**	93

Digitized by Google

Seite

§ 16. **III. Der Inhalt der richterlichen Mitwirkungspflicht**
1. Das Fragerecht (§ 130 der C. P. O.) 102
§ 17. 2. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien (§ 132 der C. P. O.) 129
§ 18. 3. die §§ 133 und 134 der C. P. O. 138
§ 19. 4. Die richterliche Augenscheinseinnahme (C. P. O. § 135) 140
§ 20. Fortsetzung. — Insbesondere durch amtliche Heranziehung von Urkunden 153
§ 21. Anhang. — Praktischer Wert der bisher dargestellten Forschungsmittel 159
§ 22. 5. Der richterliche Eid (C. P. O. § 437). 161
§ 23. **IV. Die richterliche Mitwirkungspflicht als Mittel zur Unterdrückung des Parteieides.**
1. Die augenblickliche Rechtsübung 164
§ 24. 2. Die praktischen Schattenseiten des Parteieides 172
§ 25. 3. Die Abhülfe. — Wert der Mündlichkeit und einer thatkräftigen Anwendung des Prozeßgesetzes 178

Digitized by Google

§ 1.
Einleitung.

Wenn von mir der Versuch gemacht werden soll, die Tragweite und den Wert derjenigen Bestimmungen darzulegen, welche die Civilprozeßordnung — im wesentlichen in ihren §§ 130—135 — über die richterliche Mitwirkung bei der Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes im Civilprozesse enthält, so mag dabei Eines bevorwortet werden. Es kann hier sich nicht darum handeln, etwas durchweg Neuentdecktes mitzuteilen. Die Aufstellungen der folgenden Abhandlung sind vielmehr der Hauptsache nach ein bereits von der Wissenschaft geborgenes Gut: meine Absicht geht deshalb auch nur dahin, jene Vorschriften an der Hand der bisher aufgetretenen Lehrmeinungen zusammenfassend zu besprechen, und zwar in erster Linie zu Nutzen des Praktikers, dem der weitverstreute Stoff nicht zugänglich ist, und ihren außerordentlichen Wert für eine fruchtbringende Rechtsanwendung mehr ins Licht zu stellen, als dies bisher geschehen ist. Eben hier hinein, in die Zusammenstellung und Beleuchtung alter und neuer Ansichten, möchte ich um so mehr den Schwerpunkt einer solchen Auseinandersetzung legen, je weniger ich mich dem Eindrucke entziehe, der allerdings sich wohl allgemein bei jedem tieferen Eindringen in irgend ein Gebiet der Wissenschaft geltend macht, daß man im Grunde

Digitized by Google

doch nur bereits Gedachtes noch einmal wieder durchdacht, längst Gefundenes neu entdeckt, also auch nur wiederholt habe und wiederholen könne. Besonders lebhaft hat sich mir diese Empfindung beim Kennenlernen des prächtigen aus der frischen Anschaulichkeit des Rechtslebens herausgewachsenen Schriftchens von Bucha aufgedrängt: „Die Grenzen des Richteramtes", geschrieben 1819. Aber dies Zugeständnis wird mich auch vor dem Vorwurfe Ciceros schützen, den dieser (de oratore I § 192) der juristischen Schriftstellerei macht: „Eadem sunt elata primum a pluribus; deinde paucis verbis commutatis, etiam ab iisdem scriptoribus, scripta sunt saepius."

Meine Erörterung berücksichtigt übrigens auch den jetzt so heftig entbrannten Streit über den Wert der „Mündlichkeit" unseres Prozeßverfahrens, wie sich im Verlaufe derselben ergeben wird; aber sie beabsichtigt in dieser Hinsicht nur, aus meiner unmittelbaren Praxis heraus, d. h. vom Standpunkt des amtsgerichtlichen Civilprozesses, dessen Thatbestandsfeststellung bislang nur mit einem mitleidigen Auge betrachtet ist[1]), einen Beitrag zu liefern; und wenn mich dabei der Gang der Untersuchung in die schwierigsten Fragen des Civilprozeßrechts hinein oder doch hart an ihnen vorbeiführte, so wolle man das Wagnis, sie mitzubesprechen, mit der Gewöhnung des Praktikers entschuldigen, auch solchen Fragen gegenüber Stellung nehmen zu müssen, bei denen es dem Theoretiker vergönnt ist, Gründe und Zweifel langsam in sich ausreifen zu lassen.

---

[1]) O. Bähr, Noch ein Wort, S. 55. — Wach, Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung, S. 35 ff. — A. A. Fischer im Archiv für civilistische Praxis LX S. 370. — Zu vergleichen ist auch der interessante Aufsatz von Kulemann in Busch, Zeitschr. f. Civilproz. XI S. 353 ff.

Digitized by Google

§ 2.

Bedeutung der Worte: „Sachverhalt", „Ermittlung" und „Feststellung".

Nach der ganzen Anlage unseres Prozeßrechts, das so wesentlich auf dem „eigenen Betriebe der Parteien" aufgebaut ist[1]), wird es sich, von vorneherein betrachtet, auch bei der Ermittlung und bei der Feststellung des Sachverhaltes durch den Richter im allgemeinen nur um eine den Parteien gewährte Hilfe, eine „fördernde Einwirkung" (Motive zur C. P. O. S. 133), ein Ergänzen ihrer eigenen Bemühungen handeln. Trotzdem kann diese Unterstützung aber für die gedeihliche Gestaltung des Prozeßverfahrens von erheblichster Bedeutung sein.

Diese amtliche Mitwirkung greift in den bezeichneten zwei Richtungen, bei der Ermittlung und bei der Feststellung, Platz; letztere zu trennen mag, obwohl ich mich dabei an Muther

---

[1]) Obgleich auch gerade hier schon, bei der rein äußerlichen Fortbewegung des Verfahrens, die Belastung und Verantwortlichkeit der Parteien häufig überschätzt wird, z. B. von Bähr a. a. O. S. 59[1]; Koffka, Mag. f. deutsch. Recht I S. 84; „Grenzboten", 1887, III. Vierteljahr S. 558. Kulemann a. a. O. S. 363. Man beachte dagegen doch nur die §§ 154, 458, 462, 674 Abs. 2, 335 a. E., 142, 202 Abs. 1, die als scheinbare Ausnahmen thatsächlich das Regelmäßige vorschreiben. Man beachte ferner die trefflichen Ausführungen in Plancks Lehrbuch des deutschen Civilprozesses (S. 124 f., 392 f.) und als einen Lichtblick aus der gemeinrechtlichen Gerichtsübung J. H. Böhmer, Exerc. ad pand. II Nro. 35 c. I § XI: „Si actor adest, qui litem movet —, regula ['judex ne procedat ex officio'] fere plures exceptiones habet, quam exempla sub regula, ut fere illam invertere possit et dicere: regulariter hodie lite mota judicem ex officio omnia facere posse, quae ad veritatis indagationem et justitiae administrationem faciunt, nisi ubi in specie partium implorationem processus hodierni requirunt" u. s. w. Ihm pflichtet Muther, Kritische Vierteljahrsschrift IX S. 347 ausdrücklich bei.

Digitized by Google

und Klein[1]) anschließe, zunächst befremden, wird schließlich aber einer gründlichen Besprechung der Sache sich förderlich zeigen. Um jedoch den Umfang jener richterlichen Pflicht übersehen zu können, ist zunächst eine Verständigung über den Begriff „Sachverhalt im Civilprozeß" erforderlich.

Er ist ein Teil desjenigen Prozeßstoffes, auf Grund dessen das Gericht kraft der maßgebenden Rechtssätze die mit unmittelbarem, staatlichem Zwange ausgestattete oder solchen versagende Rechtsfolge in der Urteilsformel ableitet. Letzterer, der Prozeßstoff, umfaßt alle rechtserheblichen Vorkommnisse im Laufe des Prozesses, die Verfügungen seitens des Gerichts, die Zustellungen der Gerichtsvollzieher oder der Anwälte, die Ergebnisse der Beweisaufnahmen, die Handlungen und Unterlassungen bezw. Versäumnisse der Parteien und darunter eine der wichtigsten Handlungen — die, welcher das ganze Verfahren dient, — die Mitteilung, den Vortrag derjenigen außerprozessualischen Thatsachen, aus denen sich die beanspruchten Rechte hüben und drüben ergeben sollen. Diese allein aber bilden den eigentlichen Sachverhalt, den Thatbestand im engeren Sinne — ein Stück Geschichte, Vergangenheit, die Summe der rechtsbedeutsamen außerprozessualischen Ereignisse.

Jenen inhaltlich weit umfangreicheren Prozeßstoff aber, den Thatbestand im weiteren Sinne, hat das Gericht in der „gedrängten Darstellung des Sach- und Streitstandes" (C. P. O. § 284 Nro. 3) im sog. „Urteilsthatbestande", auch kurzweg „Thatbestand" genannt, also einem Thatbestande in einer dritten Wortbedeutung, zusammenzufassen; in ihm legt es die gewonnene Anschauung der vor bezw. außer und der im Prozesse vorgekommenen Ereignisse als Geschichtserzählung nieder und macht

[1]) a. a. O. S. 353. Klein, Schuldhafte Parteihandlung S. 130[153] („richterliche Kooperation zur Beschaffung und wahrheitsmäßigen Feststellung der Urteilsgrundlagen"). — Siehe hier § 4 zu Anfang.

Digitized by Google

sie zur Grundlage seiner Entscheidung[1]). Vergl. hierüber vor allem Wengler, Thatbestand des Civilurteils; auch Berend, Zeitschr. für Hannoversches Recht V S. 321 ff.

Die Ermittlung und die Feststellung, von der hier die Rede sein soll, ist schon durch obigen Zusatz „des Sachverhaltes" auf jenen geschichtlichen Stoff außerhalb des Prozesses beschränkt und beschränkt sich naturgemäß darauf, wenn man mit diesen Thätigkeiten folgendes bezeichnet.

Zunächst die gemeinsame Aufgabe der Parteien und des Richters, zu ermitteln, aufzudecken und klarzustellen, was die Parteien vorbringen **wollen**, — Aufklärung von Dunkelheiten und Widersprüchen in deren Vorträgen, sachdienliche Fassung ihrer Anträge nach § 464 der C. P. O. (s. § 8 hier); und weiter, was sie vorbringen **können**, was neben und hinter dem Vorgebrachten liegt, um dadurch den Sachverhalt einer „erschöpfenden" Beurteilung (C. P. O. § 127 Abs. 3) unterziehen zu können. Zur Erläuterung des letzten Punktes verweise ich einstweilen nur auf Muther (a. a. O. S. 353), welcher sagt: „Bei der Regel 'quod non est in actis' u. s. w. kann immer noch fraglich erscheinen, ob der Richter nur auf das von den Parteien aus eigenem Antriebe Vorgetragene angewiesen bleibt, oder ob er befugt ist, durch Fragen die Parteien zu veranlassen sich über Thatsachen zu erklären, welche von ihnen selbst nicht berührt sind, aber als wahrscheinlich oder möglich aus dem Zusammenhange der allegierten Fakta sich ergeben." Und weiter auf die Entscheidung des Reichsgerichts (in Civilsachen VIII

[1]) Planck a. a. O. S. 461; O. von Bülow, Prozeßvoraussetzungen S. 7; Klein a. a. O. S. 34; Bähr, Prozeßenquete Wachs S. 28. Nach Ansicht des letzteren liegt hierin eine „die Partei bevormundende Thätigkeit"; s. denselben in Iherings Jahrbüchern XXIII S. 432 und Besprechung von Reichsgerichtsurteilen S. 224; Rechtsmittel zweiter Instanz S. 36. — Verhandlungen des VIII. Anwaltstages (Juristische Wochenschrift 1881).

Digitized by Google

S. 372): „Anders ist es — wenn — aus den eigenen Ausführungen des Richters sich ergiebt, daß er den in Frage stehenden Anspruch für begründet erachtet und nur deshalb glaubt, an einer sachgemäßen Entscheidung verhindert zu sein, weil gewisse Thatsachen, die vorgebracht werden konnten, wegen Verkennung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte oder aus sonstigen Versehen nicht vorgebracht wurden. Wenn in Fällen solcher Art der Richter sich begnügt, wegen Unvollständigkeit des thatsächlichen Vorbringens den Anspruch abzuweisen, — so irrt er nicht bloß in der Anwendung des § 130 der C. P. O., sondern verkennt prinzipiell die Pflichten, welche ihm derselbe auferlegt."

Sodann die weitere gemeinsame Aufgabe, dies Ermittelte festzustellen, d. h. die Überzeugungsgründe für die Richtigkeit der etwa noch streitig gebliebenen Parteibehauptungen aufzusuchen. Vom Standpunkte der Partei allein würde man diese Thätigkeit „beweisen" nennen, d. h. dem Gerichte Gründe zur Bildung seiner Überzeugung über die Richtigkeit bestimmter Parteibehauptungen, genauer: über deren Übereinstimmung mit dem „Sachverhalte" entgegenbringen; vom Standpunkte des Gerichtes ist es „untersuchen". Auch hier verweise ich vorderhand nur auf die an Obiges sich anschließende Bemerkung Muthers: „Kann der Richter sich die Überzeugung von der Wahrheit der zur Sprache gekommenen Thatsachen durch selbsteigene Thätigkeit (Untersuchung) verschaffen oder aber ist er an das gebunden, was die Parteien zur Bewahrheitung der zweifelhaften Thatsachen vorbringen?" und die Heuslers (im angegebenen Archive LXII S. 249): „Sobald ein Gesetz diese Aufgabe [Beweis zu führen] der Partei abnimmt und auf den Richter legt, so zerstört oder schmälert es die Beweisthätigkeit in demselben Maße, in welchem es als Ersatz dafür die richterliche Funktion der Erforschung der Wahrheit

Digitized by Google

erweitert. Aus den Beweismitteln sind Erkenntnismittel geworden, Beweisführung findet nicht mehr statt, dafür um so ausgedehnter das richterliche Aufsuchen der Wahrheit." Und diese von Heusler vorgenommene Beschränkung des Beweisbegriffes soll trotz der von Kohler (Kritische Vierteljahrsschrift XXII S. 472) dagegen geltend gemachten Einwände im folgenden, wie hier beiläufig bemerkt sein mag, festgehalten werden. (Zu vergl. Unger, System des österr. Privatrechts § 129 und hier § 11.)

Daß also, um darauf zurückzuverweisen, von Ermittlung und Feststellung nur beim eigentlichen „Sachverhalte", nicht bezüglich des gesamten „Prozeßstoffes" die Rede sein kann, wird von selbst klar sein. Denn letzterer entsteht unter den Augen und teilweise sogar durch die Handlungen des Richters selbst; auch ist er selbstverständlich von Amts wegen zu sammeln und für das Urteil zu verwerten (womit nicht in Widerspruch steht, daß ein Vorkommnis unter Umständen erst durch Antrag einer Partei, z. B. beim Versäumnisverfahren, rechtliche Bedeutung gewinnt); am sorgfältigsten natürlich — wenn man überhaupt Unterschiede machen dürfte — was die Mitteilungen der Parteien über den (außerprozessualischen) Sachverhalt anlangt. Von allen Vorkommnissen des Prozesses überzeugt sich der Richter unmittelbar, durch „Augenschein" (Berend a. a. O. S. 329); soweit sie, um sie dem Einflusse von Gedächtnisschwäche des Richters oder eines Wechsels in der Gerichtsbesetzung zu entziehen, gesichert werden sollen, tritt das „Protokoll" bezw. dessen Anlage aushelfend ein (C. P. O. § 146, 270 und 470). Es ist deshalb folgerichtig auch ausgeschlossen — weil es hier keine „Feststellung" giebt oder, mit anderen Worten, ein Beweisverfahren im Prozesse über Prozeßhandlungen unzulässig ist — daß eine Partei z. B. über ein angebliches Geständnis des Gegners, welches aus

Digitized by Google

dem Protokolle nicht ersichtlich ist, etwa durch Zeugnis des inzwischen aus der betr. Gerichtsbehörde ausgeschiedenen Richters Beweis führt[1]).

Die richterliche Amtspflicht steht also diesem Prozeßstoffe in ganz anderer Weise gegenüber, wie, nach dem zu Anfang Vorausgeschickten, dem eigentlichen Sachverhalte: Sammlung, Sichtung und Verwertung fürs Urteil ist bei Ersterem unbedingte Amtspflicht. — Im folgenden wird nur von dem „Sachverhalte" in dem oben begrenzten Sinne zu handeln sein.

§ 3.

Verhältnis des Sachverhaltes zu den Parteibehauptungen, der Parteien zum Gerichte und untereinander.

Jene gemeinsame Thätigkeit des Gerichts und der Parteien richtet sich nun naturgemäß auf den wirklichen Sachverhalt vor Beginn des Prozesses[2]). Denn da das Verfahren, abweichend

---

[1]) Damit glaube ich im Einvernehmen mit Planck a. a. O. S. 191 und Wach, die Civilprozeßordnung und die Praxis, S. 43, 50, 51 zu sein. Ich verweise ferner auf C. P. O. § 291 Abs. 4 a. A.; Berend a. a. O. S. 344 und 358; Entscheidung des Reichsgerichts (a. a. O.) X S. 336 und XVI S. 332; Wachsche Prozeßenquete (in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß Bd. XI Anlageheft) S. 90, 157; Bähr, Noch ein Wort, S. 56. Bedeutet die Äußerung des Geh. Justizrats Kurlbaum II in den Kommissionsverhandlungen zur C. P. O. (Prot. S. 90) über die Feststellung der „Nachträglichkeit" eines Vorbringens (C. P. O. § 252), „es werde der Richter nicht bloß aus seiner Erinnerung zu schöpfen haben, sondern es würden ihm alle Mittel zu Gebote stehen, die überhaupt zu thatsächlichen Ermittlungen führen könnten", etwas Abweichendes?

[2]) Muther a. a. O. S. 341; Rizy, Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung, S. 7. Nur aus besonderen Rücksichten wird — als Ausnahme — davon abgewichen; s. weiter unten, insbesondere S. 53 Anm. 1, auch § 9 zu Anfang. — Wäre beispielsweise der wirkliche Sachverhalt a, Kläger behauptete aber a' und Beklagter a", so muß es unter Umständen bei letzterem sein Bewenden haben.

Digitized by Google

von der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, die neue Rechte schaffen hilft oder doch nur unbestrittene sichert, angeblich bestehende schützt, so muß es vernünftigerweise die Absicht haben, den wirklichen Sachverhalt, unentstellt durch Irrtum oder Bosheit der Parteien, zur Grundlage des Urteils zu machen. Es ist deshalb, wie auch schon Klein (a. a. O. S. 130[153]) gerügt hat, geradezu eine Umkehrung des richtigen Verhältnisses, wenn Birkmeyer (Busch's Zeitschrift VII S. 221[154]) sagt, die Civilprozeßordnung sei nicht auf Erreichung der „materiellen Wahrheit zugeschnitten", oder Wach (in den angegebenen Vorträgen, S. 149), die privatrechtliche Natur der Streitsache „eliminiere" den „Prozeßzweck der objektiven Feststellung des wahren Sachverhalts". — Man kann jenen wirklichen Sachverhalt — und das soll in der Folge der Anschaulichkeit wegen geschehen — unter der Voraussetzung, daß im Prozesse eine Fortentwicklung und Umbildung des Sachverhältnisses selbst stattfände oder doch etwas Ähnliches (s. u.), — den ursprünglichen Sachverhalt nennen und würde dann den Stand desselben unmittelbar vor der Klagerhebung, weil auch durch diese schon eine solche Änderung oder Beeinflussung einzutreten vermöchte[1]), und beim Abschluß der Prozeßverhandlungen zu unterscheiden haben. Hierbei ist allerdings nicht zu übersehen, daß auch noch nach der Klagerhebung weitere außerprozessualische Thatsachen auf das geltend gemachte Rechtsverhältnis einwirken können, z. B. Eintritt der Fälligkeit, Zahlung und (außergerichtlicher) Vergleich. Dadurch kann die Hauptsache erledigt werden — der eigentlich entscheidende Punkt bleibt aber bekanntlich, was bei der Kostenpflicht zutage tritt, der Stand der Sache zur Zeit der Klagerhebung.

---

[1]) Heinze in Goltdammers Archiv XXIV S. 298; Demelius, Die Konfessio im römischen Civilprozeß, S. 368.

Digitized by Google

Nicht selten braucht man statt obiger Bezeichnung die wenig erfreulichen Fremdwörter „materiell wahrer" und „formell wahrer" Sachverhalt, wodurch aber nur Unklarheit über das Wesen der Sache verbreitet wird [1]).

Man muß sich nun weiter vergegenwärtigen, daß dieser ursprüngliche Sachverhalt, da selbst im günstigsten Falle von ihm nur ein Teil, z. B. der abgepflügte Acker, nicht das Abpflügen selbst, dem richterlichen Auge vorgeführt werden kann, dem Gerichte erzählt, vorgetragen werden muß. Daher bestimmt § 128 Abs. 2 der C. P. O.: „Die Vorträge der Parteien — haben das Streitverhältnis in thatsächlicher — Beziehung zu umfassen." Durch diese kommt also, und zwar zunächst allein, der Sachverhalt zur Kenntnis des Richters: dieser hat lediglich Parteibehauptungen und -mitteilungen vor sich, welche dann erst nötigenfalls durch das Beweisverfahren wieder auf den ursprünglichen Sachverhalt sozusagen zurückgeführt werden müssen. Selbstverständlich können sie letzteren an sich nicht im mindesten verändern; und doch gewinnen sie einen erheblichen Einfluß auf die Gestaltung der Urteilsunterlagen durch einen eigentümlichen Grundsatz des Civilprozeßrechts, die sog. „Verhandlungsmaxime", vermöge deren, wie Planck a. a. O. S. 247 bemerkt, „das — Gericht gebunden ist, den Streitstoff seinem Urteile zu Grunde zu legen, wie ihn die Vorträge und Vorlagen der Parteien darbieten", so „daß diese Vorträge und Vorlagen in der rechtlichen Bedeutung von Willenserklärungen der Parteien erscheinen, vermöge deren sie über den Streitgegenstand disponieren". Jene Vorträge können also an Stelle des ursprünglichen Sachverhaltes, ohne ihn selbst aber, etwa wie durch ein Privatrechtsgeschäft, in seiner rechtlichen Zusammensetzung zu verändern, für das Gericht maßgeblich und

[1]) von Bar, Recht und Beweis im Civilprozeß, S. 48 („hohle Phrasen").

Digitized by Google

dadurch selbständig bedeutsam werden, jenen völlig zurückdrängen, ja mit endgültigem Abschlusse des Prozesses gänzlich in seiner Rechtswirksamkeit aufheben — sog. „prozessualische Konsumtion" (s. u.). Dies drückt sich zum Teil schon in dem Worte „Parteibehauptung" statt „Mitteilung", „Erzählung" aus.

Während die nähere Darlegung dieser Eigentümlichkeit den späteren Besprechungen vorbehalten bleiben muß, mag hier nur darauf hingewiesen sein, daß sich das Gesagte ganz besonders deutlich in dem Wesen des Klagschriftsatzes abspiegelt. Dieser setzt nach C. P. O. § 230 Nro. 2 und 235 Nro. 3 ein ganz bestimmtes „thema probandum" fest, das Kläger bei Meidung der Sachfälligkeit durchzufechten hat, und wendet sich nicht etwa unter allgemeiner Bezeichnung der Sachlage, wie im Strafprozesse, an den Richter, daß dieser nun nach dem Rechten sehen möge. „Im Civilprozesse ist — die Aufgabe, darzuthun, daß die veranlassende und an die Spitze gestellte Darstellung die richtige ist; — daß, was behauptet ist, geschehen sei, ist hier zu erweisen." [1]) Hier liegt denn auch m. A. n. der eigentliche, in der That starr formalistische Kern des Civilprozesses. Sein Einfluß wird aber durch die Zulässigkeit der gewissermaßen tastenden

[1]) Heinze a. a. O. S. 280. Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht I S. 504, 568, II, § 166; Wach in Grünhuts Zeitschrift für öffentliches und Privatrecht VII S. 140 („Präklusion und Kontumaz") Schauberg, Vergleichung des Geständnisses S. 11. — Die Hauptkunst böswilliger Beklagten ist es, den Kläger schon über diese gefährliche Schwelle stolpern zu lassen. Das Verlangen bestimmter Klagbehauptungen und Anträge wird für manche Verhältnisse geradezu zu einem Hohne auf die Gerechtigkeit. Doch muß beachtet werden, daß unter Umständen den Schwierigkeiten durch Verlangen einer vorgängigen Rechnungsablage seitens des Beklagten oder durch Vorinstruktion mittelst der actio exhibitoria (Demelius, Exhibitionspflicht S. 67, 261, 276), wo im übrigen eine Voruntersuchung, wie die des Strafprozesses (Heinze, Gerichtssaal, 28. Bd., S. 576), fehlt, durch den Berechtigten vorgebeugt werden kann. Vergl. unten.

Digitized by Google

„Eventualbehauptungen", die nachsichtigen Bestimmungen über die Prozeßkosten bei Zuvielforderung (C. P. O. § 88 Abs. 2) und über die Klagänderung selbst, welche § 242 der C. P. O. sogar etwaiger Willkür des Richters preisgiebt, in Verbindung mit der im § 251 gegebenen Befugnis, „Angriffsmittel" nachzuholen, erheblich abgeschwächt; im übrigen wird er selber wohl kaum entbehrlich sein [1]).

Sodann noch folgendes. Wenn die Parteien durch ihre Behauptungen einen anderen Sachverhalt dem ursprünglichen vorschieben und der Urteilsfällung unterbreiten, so beruht dies nicht, so verführerisch nahe die Annahme liegt, auf einer privatrechtsgeschäftlichen Thätigkeit der Parteien miteinander oder einer jeden für sich allein. Diese Auffassung entspricht der Ansicht O. von Bülows (Arch. f. d. c. Prax. LXII S. 79[68]), Plancks (a. a. O., S. 321[6]) und der von Demelius (Konfessio, S. IV und 376[1]). Letzterer giebt dafür den zunächst einleuchtendsten Grund an: eine wirkliche Disposition über das materielle Recht, ein wirkliches Rechtsgeschäft bei Gestaltung des Thatbestandes müsse doch wohl für jeden späteren, über dieses Recht geführten Prozeß verbindlich bleiben — was bekanntlich infolge jener Thatbestandsdarstellungen [2]) der Parteien nicht der Fall ist.

---

[1]) Siehe jedoch die m. W. neueste Schrift über diesen Punkt R. Schmidt, Die Klagänderung, S. 17, 143 und hier weiter unten.

[2]) A. A. Kohler a. a. O. S. 371: „Hierauf beruht die rechtsgeschäftliche Natur der Parteithätigkeit, kraft welcher es den Parteien freigestellt ist, durch die Art der prozessualischen Aktion ein neues, besonderes Resultat des Prozesses herbeizuführen." Ebenso, anscheinend, Heinze in Goltdammers Archiv a. a. O. S. 283 und 288, und Schultze, Privatrecht und Prozeß, S. 49 (besprochen von Lotmar, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 26 S. 637). — Zu vergleichen ist Buchka, Einfluß des Prozesses § 7 a. A., Abegg, Neue Jahrbücher für sächsisches Strafrecht VI S. 106 Note **.

Digitized by Google

Durchschlagend ist es aber, daß, wie Demelius (a. a. O., S. 136) im Einvernehmen mit Planck (a. a. O., S. 199, 243) sagt, sich „in der mündlichen Verhandlung — die Parteien — an den Richter wenden; an ihn richten sie ihre Anträge, Behauptungen, Beweisführungen, um durch dieselben ein günstiges Urteil zu erzielen". Diese Auffassung, welche vor allem für die Betrachtung des sog. prozessualischen Geständnisses von Erheblichkeit wird, kann und darf hier nicht weiter verfolgt oder näher begründet werden; nur an folgendes mag erinnert sein. Daß die Anträge sich ans Gericht und nicht an den Gegner wenden, versteht sich eigentlich von selbst; denn sonst wären sie ein Schlag ins Wasser, da Beklagter ja gerade nicht die Absicht hat, darauf einzugehen. Mit Recht bemerkt Seuffert (bei Grünhut a. a. O. XII S. 627): „Das Recht auf Urteil ist ein Anspruch

Es findet deshalb auch keine „novatio" durch die Klagerhebung statt (Windscheid, Pandekten § 124[1]; Wach, Handbuch des Civilprozesses S. 36[7]; Planck a. a. O., S. 205[10]; R. von Jhering, Geist des römischen Rechts III S. 26; O. von Bülow, Prozeßvoraussetzungen, S. 3[8]; Unger a. a. O. § 127 Nro. II; Endemann, Magazin für deutsches Recht V S. 182; Linckelmann ebenda VII, S. 330; R. Schmidt (Anm. 1 S. 12 citiert), S. 201 ff.; Schultze a. a. O., S. 449[1], S. 580; Pernice, Parerga II S. 38—49); was wirklich eintritt, ist eine Änderung insofern, als es nicht mehr darauf ankommt, daß Kläger seinen eigentlichen Anspruch begründe — s. Anm. 1 S. 11 —, sondern, daß er das, vielleicht falsch gewählte, „thema probandum" der Klage nachweise. So Heinze a. a. O., S. 282. Wird der Prozeß rückgängig gemacht, so ist alles, wie es vorher war: C. P. O. § 243 und Motive S. 192. Nach Auffassung der C. P. O. liegt selbst im Anerkenntnisse des Klaganspruches kein rechtsändernder, rechtsgeschäftlicher Umstand; sonst wäre das nachfolgende richterliche Urteil, welches die Rechtsfolge dieser an den Richter sich wendenden Erklärung (s. gleich unten) ausspricht, überflüssig wie beim Vergleiche. (S. Demelius a. a. O. S. 237.) Meiner Ansicht nach treten erst bei diesem die Parteien rechtsgeschäftlich in Verbindung; aber er ist auch gewissermaßen eine außerprozessualische (jedoch deshalb noch nicht außergerichtliche) Handlung, bei der eben nur gerichtliche Beurkundung eintritt. — Nachträglich verweise ich auf die Entscheidung des Reichsgerichts a. a. O. XIX S. 362.

Digitized by Google

gegen den Staat, genauer gegen die zur Handhabung der Jurisdiktion staatlich eingesetzten Behörden[1]). Und man beachte weiter, daß auch die Beweisführungen sich an den Richter wenden — nach dem bekannten Satze „judici fit probatio“ —, weil der Gegner sich einfach nie würde überzeugen lassen (Hefftter-Weber, Beweisführung, S. 5), obwohl ja gerade dadurch ein Interesse des Beklagten anerkannt wird, wonach dieser verlangen kann, daß dem Gegner nicht ohne weiteres und unbedingt geglaubt werde.

Mit den Anträgen richtet sich aber auch, wird man sagen dürfen, deren Begründung, die thatsächlichen Behauptungen, an den Richter.

Es entsteht überhaupt, wie Planck (a. a. O., S. 201) und Seuffert (bei Busch a. a. O. Bd. XI S. 199) mit Recht annehmen, kein Rechtsverhältnis unter den Parteien[2]); und ebensowenig giebt es, wie hier zur Darlegung meines Standpunktes beiläufig bemerkt sein mag, vor der Zwangsvollstreckung prozessualische Parteipflichten; der heutige deutsche Civilprozeß ist vielmehr auf Abwehr- und Bestreitungsbefugnis (O. v. Bülow a. a. O. S. 34 und Klein a. a. O. 49[52], 53 — vergl. Planck a. a. O. S. 285[18]) aufgebaut. — Also kein Einlassungszwang (Degenkolb a. a. O., S. 16), wogegen sich Klein (a. a. O., S. 43),

---

[1]) Das Vorhandensein von Prozeßvoraussetzungen, welche trotzdem nicht das Gericht von Amts wegen, sondern der Beklagte zu fordern berechtigt ist, ist damit völlig vereinbar. S. das über die Beweisführung Gesagte.

[2]) A. A. Wach bei Grünhut a. a. O. VI S. 521; VII S. 144; Archiv f. d. civ. Praxis LXIV S. 213 ff.; Handbuch S. 39; Plósz, Theorie des Klagerechts, S. 12, 103, 132[35]; Degenkolb, Einlassungszwang, S. 16, 24 und anscheinend (früher!) auch O. v. Bülow a. a. O. S. 1.

Digitized by Google

Seuffert (bei Grünhut a. a. O. XII S. 628), Kohler (a. a. O., S. 358), Fischer (im Arch. f. d. civ. Prax. LXX S. 338) und andere ausgesprochen haben, wenn man auch die „Dingpflicht" Wachs (bei Grünhut a. a. O., S. 138; dazu cit. Archiv LXIV S. 212[6]) mit Demelius (a. a. O., S. 230[1]) als unschädlichen Begriff zugeben kann[1]). Keine wirkliche Er-

[1]) Wach versteht darunter „die Pflicht zum Rechtgeben auf einen behaupteten, möglicherweise begründeten Anspruch". Vergl. auch noch Plósz a. a. O. insbesondere S. 29 ff., S. 15, 17 und 149; Endemann, Magazin für deutsches Recht V S. 208; von Amsberg, Archiv für d. civ. Prax. LXV S. 103; v. Bar in Holtzendorffs Encyklopädie, S. 781.

Wenn der Staat die Befugnis, einen Rechtsstreit gegen beliebige Personen anhängig zu machen giebt und diese also zur Vermeidung von Vermögensschädigung zur Abwehr gewissermaßen zwingt, selbst wenn die Klagbehauptungen völlig aus der Luft gegriffen sein sollten, so thut er m. E. etwas Ähnliches, wie wenn er Landstraßen zur allgemeinen Benutzung baut, auf denen dann doch auch die Landstreicher umherziehen können. Aber deshalb ein besonderes Recht auf Einlassung, „ein subjektives Recht auf Gerichtsfolge" (Degenkolb) und entsprechend eine besondere Pflicht, sich verklagen zu lassen, anzunehmen, scheint mir, vom praktischen Standpunkte wenigstens, überflüssig. Weit wichtiger wäre es, hervorzuheben, daß die Rechtsordnung doch nur dann erklärt, einer bloß behaupteten Rechtskränkung (Klein a. a. O., S. 46) abhelfen zu wollen, — doch nur unter der engbegrenzten Voraussetzung, daß am rechten Orte und vor dem rechten Gerichte geklagt werde, d. h. eigentlich nur am Wohnsitze des Beklagten. Also nur hier wäre jeder der Gefahr eines etwaigen Mißbrauches ausgesetzt! Man nimmt jedoch in Anschluß an die Verhandlungen der Civilprozeßkommission (S. 112—114) wohl allgemein an, daß auch die Behauptung einer außergerichtlichen Zuständigkeitsvereinbarung, des Erfüllungsortes u. s. w. als „thatsächliche Behauptung" im Versäumnisfalle des Beklagten als „zugestanden" zu gelten habe, so daß jemand beim Vorgeben einer solchen durch den Kläger auch vor andere Gerichte gezogen werden kann. Aber die anscheinende Gefahr, welche auch Dr. Gneist bei jenen Verhandlungen zugab, nämlich an allen möglichen Gerichten belangt werden zu können, vermindert sich dadurch, daß Kläger sich sagen muß, er werde bei unrichtiger Angabe über die Gerichtszuständigkeit schon dann mit seinem Prozesse durchfallen, sobald nur der Beklagte sich wehrt. — Ferner ist hier zu vergleichen Kohler bei Grünhut a.

Digitized by Google

klärungspflicht weder über gegnerische Behauptungen noch vorgelegte Urkunden noch Eidesanträge. Selbst dem Gerichte gegenüber, beim Fragerecht, bei der Anordnung persönlichen Erscheinens, bei der auf Vorlegung eines Augenscheinsgegenstandes, trifft dies zu. Man wird hier Klein a. a. O. S. 53 beipflichten müssen, wenn er sagt: „Wo — das Gesetz sich gegen ein bestimmtes Äquivalent mit der Unthätigkeit der Partei zufrieden giebt und wo sonach die an die Passivität geknüpfte Folge nicht Beugemittel, sondern Entschädigung ist, da liegt in der Möglichkeit, sich um jenes Opfer dem Handeln zu entziehen, notwendig Verneinung der Handlungspflicht." So kräftig also die sog. Beweiswürdigung des Richters zu Ungunsten der unfolgsamen Partei eintreten mag — eine Pflicht zum Handeln liegt der Partei auch hier nicht ob. (Vergl. hier § 21 und § 16 a. E.)

§ 4.

I. Die Grenzen der richterlichen Mitwirkungspflicht.

Auf Grund der eben gewonnenen Ergebnisse und des durch sie gebotenen Standpunktes der Betrachtung sollen nunmehr zuerst die Schranken und Grenzen der richterlichen Mitwirkungspflicht ins Gedächtnis gerufen und sodann deren Inhalt eingehender erörtert werden. Beides, wie bereits vorausgeschickt, unter Trennung der Besprechung der Ermittlung und der Feststellung. Hierbei

---

a. O. XIV S. 32, 38. — Auf die bekannte Streitfrage, ob § 39 der C. P. O. (stillschweigende Vereinbarung der Zuständigkeit) sich auch auf den Fall der Verhandlungssäumnis des Beklagten beziehe, gehe ich hier nicht ein; man vergl. darüber beispielsweise v. Amsberg im Arch. f. d. civ. Prax. LXV S. 59.

Digitized by Google

ist in Anknüpfung an das oben Gesagte noch zu bemerken, daß diese beiden Thätigkeiten, obwohl begrifflich verschieden, solange es eine Beweislastverteilung giebt (s. u.), doch vielfach ineinander übergehen, vor allem bei der Einnahme des richterlichen Augenscheins, bei dem mit Ermittlung des ursprünglichen Sachverhalts auch dessen Feststellung unmittelbar geschehen ist. Es wird deshalb nicht wundernehmen, daß für beide gemeinschaftliche Grundsätze in Anwendung gebracht werden: in der That unterliegen beide Arten der richterlichen Thätigkeit der sog. Dispositions- oder Verhandlungsmaxime, so daß das im folgenden Paragraphen hierüber Gesagte für die „feststellende" Thätigkeit des Richters mitgültig ist (s. § 10).

§ 5.

1. Bei der Ermittlung.

a. Dispositions- oder Verhandlungsmaxime.

Man hat sich gewöhnt, mit dem Schlagworte „Dispositions-" oder „Verhandlungsmaxime" das Verhältnis der Aufgaben des Richters und der Parteien bei der Beschaffung des Thatbestandes für die Urteilsgrundlage zu kennzeichnen, und glaubt nicht selten, damit eine wirkliche, brauchbare Grenzlinie gezogen zu haben.

Im Gegensatz dazu soll von mir eine schärfere Begriffsbestimmung dieser Maxime versucht und damit zugleich ihre eigentliche Bedeutung für die Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts aufgedeckt werden.

Auszugehen ist von der Thatsache, daß jedem Berechtigten grundsätzlich die freie Verfügung über seine privatrechtlichen Rechtsgüter zusteht. Giebt ihm diese der Gesetzgeber, so ist es

Digitized by Google

begreiflich[1]), daß er sie ihm auch im Prozesse nicht nimmt, ja sogar darüber hinaus bei Gestaltung und Ausbau der lediglich zum Schutze dieser Rechtsgüter bestimmten Prozeßrechtssätze dieser Freiheit gebührende Rechnung trägt[2]). Geschieht dies aber, so sagt man richtiger: der Civilprozeß tritt dieser Verfügungsfreiheit, diesem „Hinübergreifen der Regeln des Civilrechts" (Glaser, Kleine Schriften II S. 422) nicht entgegen, anstatt daß man erklärt, er „setze die Dispositionsmaxime voraus" oder „werde von ihr beherrscht" u. s. w.

„Dispositionsmaxime" bedeutet also für die Parteien den Grundsatz des Prozeßrechts, daß im Verfahren ihre privatrechtliche Verfügung nicht beschränkt und daß bei einem bestimmten Teile der Prozeßbehelfe, keineswegs bei allen, wegen deren notwendiger, mittelbarer Rückwirkung auf das streitige Privatrecht

---

[1]) Planck a. a. O. Bd. I S. 197; Bethmann-Hollweg, Versuche S. 252; von Mittelstädt in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen II S. 266, III S. 251; Heusler, Arch. f. d. civ. Praxis LXII S. 251[10]; Wendt ebenda LXIII S. 263; Heidenfeld, Dispositionsbefugnisse der Parteien.

[2]) Heinze a. a. O. S. 265. Fr. 46 de pactis II 14: — „quum liceat sui juris persecutionem deteriorem constituere". — Auch nach § 464 der C. P. O. tritt keine Bevormundung ein; der Richter soll nur gewissermaßen als Geburtshelfer bei den unvollkommen zum Ausdruck gelangenden Anträgen der Parteien mitwirken (s. hier § 6 u. 7 und Planck a. a. O. S. 436). Ein ganz zutreffendes Bild hat Zaunschliffer in seiner übrigens schauerlichen Abhandlung De officio judicis suppletorio I concl. 10 § 3: „Nec enim novam speciem facit, qui frumentum ex spicis excutit, sed eam, quae jam est, detegit."

Es ist dies einer der drei Gründe für die Aufstellung „dispositiver Prozeßrechtssätze": O. v. Bülow, Arch. f. d. civ. Praxis LXIV S. 23.

In Fällen, die auf der Grenze zwischen öffentlichem Rechte und Privatrechte liegen, greift die Verfügung der Parteien nicht statt: C. P. O. § 54 u. 83 und in Ehesachen.

Digitized by Google

selbst, ihnen über diese ein entsprechendes freies Bestimmungsrecht eingeräumt wird.

Sie bedeutet für den Richter, daß er diesem Selbstbestimmungsrechte der Parteien betr. ihre Ansprüche und jene bestimmte Zahl der Prozeßbehelfe nicht entgegentreten oder selbiges verkümmern darf: es liegt also für ihn ein wirkliches Verbot in diesem Prozeßgrundsatze.

Gewöhnlich wird nun mit jenem Worte das andere „Verhandlungsmaxime" ununterschiedlich und als gleichbedeutend gebraucht. Will man etwas Besonderes darunter verstehen, wie z. B. Wetzell, der das Verhandlungsprinzip sehr bezeichnend die „Kehrseite" des Dispositionsrechtes der Parteien nennt, so kann man diesen Ausdruck nur auf die aus diesem Selbstbestimmungsrecht der Parteien abfließende Selbstverantwortlichkeit der letzteren (Verhandlungsmaxime im engeren Sinne) beziehen. Aus jener doppelten Verfügungsfreiheit der Parteien leitet nämlich das Gesetz die zwar nicht unumgängliche, aber doch naheliegende Schlußfolgerung ab [1]), daß nun auch den Parteien die volle Verantwortlichkeit für Geltendmachung und sachdienliche Durchführung ihrer Rechte im Prozesse übertragen werden könne [2]).

---

[1]) A. A. Heidenfeld a. a. O. S. 129: „Das Verhandlungsprinzip beruht auf der aus der Prozeßobligation für die Parteien resultierenden — Pflicht, nicht aber auf einem Dispositionsrechte derselben." S. über solche angebliche Parteipflicht oben § 3 a. E.

[2]) Beiläufig hier noch einiges über die in diesem Zusammenhange regelmäßig gehörten Kunstausdrücke.

Die „Verhandlungsform" des Prozesses erfordert zwei gleichberechtigte, vor Gericht verhandelnde Parteien, wo der Kläger („Angreifer") nicht etwa nur Zeuge, der „Angegriffene" auszuforschende Person ist. Der Civilprozeß hat sie wohl immer gehabt; der jetzige Strafprozeß hat sie durch Gegenüberstellung von Staatsanwalt und Angeklagten wenigstens annähernd angenommen, hat aber die selbständige Forschung durch das Gericht beibehalten: Str. P. O. § 220 und 243 und für das Privat-

Digitized by Google

Mit der Freiheit also auch die Verantwortlichkeit des Berechtigten für deren richtigen Gebrauch! Beide gehen, wie auch sonst im Leben, Hand in Hand, obwohl das Verfügungsrecht, dessen Abfluß die „Verhandlungsmaxime" in diesem Sinne ist, ohne diese denkbar wäre, aber nicht umgekehrt. Die Wahrung der Privatrechte ist also grundsätzlich den Berechtigten selbst, ihrer Privatthätigkeit, ihrer findigen Parteileidenschaft, sozusagen ihrer Privatindustrie überlassen. Und dies, von allen anderen Gründen abgesehen, in weiser Erkenntnis der Grenzen einer amtlichen Nachforschung in solchen Dingen, z. B. bei verwickelten Erbschaftsfällen oder bei Forderungsabtretungen, denen ein Mittelglied fehlt, wobei sich die Partei, im Vertrauen auf die thatsächliche Richtigkeit, immerhin mag beruhigen können (Heusler,

klageverfahren § 426 in Verbindung mit § 424. Heinze, Gerichtssaal Bd. 28 S. 563; John in Holtzendorffs Encyklopädie S. 936.

Offizialverfahren ist Einleitung und Durchführung eines Prozeßverfahrens auf Vorgehen einer Staatsbehörde (der Gerichte oder der Staatsanwaltschaft) kraft Amtspflicht. So in einem Teile der Strafsachen und bei Ehenichtigkeiten. Der Civilprozeß hat wohl immer einen Parteiantrag zu seinem Beginne vorausgesetzt und sein möglicherweise vorzeitiges Ende durch den Willen der Parteien finden müssen. So auch nach der Preußischen A. G. O., obwohl diese die „Instruktionsmaxime" oder „Inquisitionsmaxime" befolgte. Diese bedeutet, daß die Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts — der entweder dann im Prozesse noch der Verfügung der Parteien unterliegt, nämlich im Civilprozesse (regelmäßig) und in Privatklagesachen, oder nicht, wie in sonstigen Straffachen — auch ohne Antrag und Mitwirkung der Parteien richterlicherseits erfolgt. Wenn dagegen gesagt wird (z. B. von Canstein in Busch's Zeitschr. II S. 350[50]), auch unser Strafprozeß stehe jetzt unter der Verhandlungsmaxime, so wird damit eine doch leicht zu vermeidende Verwirrung in der Wortbezeichnung angestiftet.

Auch den Grundsatz des Strafprozesses, wonach es nur auf den ursprünglichen Sachverhalt und nicht etwa später geschehene oder doch gewollte Abänderungen desselben ankommt (s. Heinze a. a. O. S. 273, 267; von Canstein, Rationelle Grundlagen S. 187 und dazu O. von Bülow, Arch. f. d. civ. Pr. XLIV S. 6[3]), hat man mit dem Worte „Immutabilitätsmaxime" zusammenfassen zu sollen geglaubt.

Digitized by Google

Arch. f. d. c. Pr. LXII S. 251). Oder bei den schwierigen thatsächlichen Feststellungen in Dienstboten- und Mietprozessen, wo es sich um Mißhelligkeiten zwischen Herrschaft und Gesinde oder Hausherrn und Mietern handelt und so wie so schon viel schmutzige Wäsche gewaschen wird, auch vom Richter leicht Verhältnisse zur Urteilsbegründung herangezogen werden können, die die Parteien selbst gar nicht als Mißstände empfinden; oder beispielsweise bei der Frage, ob ein bestimmter Aftermieter vom Vermieter zuzulassen sei. In allen solchen Verhältnissen wird durch das Privatinteresse regelmäßig eine bessere Aufdeckung des Sachverhalts sich erreichen lassen, als bei amtlichem Vorgehen der Behörde. Planck a. a. O. S. 196 bemerkt: „Auch bei Anwendung der sog. Verhandlungsmaxime lassen sich, — zumal vermittelst des verstärkten Einflusses der Anwaltschaft, Einrichtungen treffen, welche die Erreichung jenes erstrebten Zieles [eines „materiell gerechten Endurteiles"] mindestens ebenso sicher, wenn nicht sicherer, verbürgen", woneben dann noch auf seine Bemerkung in seinem „Beweisurteile" S. 345 zu verweisen wäre: „Der einfache Rechtssinn unserer Vorfahren [wollte] lieber die offene Gefahr der Freiheit, als die zweifelhafte Sicherheit der Bevormundung." — Vergl. hier § 9 a. E.

Wann[1]) der Berechtigte seine Ansprüche und was er davon angriffsweise[2]) geltend machen will, ist ihm überlassen; nur das „Wie" unterliegt den Vorschriften der Prozeßordnung. Welche Thatsachen bezw. Teile des ursprünglichen Sachverhaltes die

---

[1]) § 806 der C. P. O. (dem Arrestantragsteller wird Klagerhebung binnen bestimmter Frist aufgegeben) ist selbstredend nur eine scheinbare Ausnahme.

[2]) Bei der Verteidigung ist das allerdings anders. Soll sie nicht verloren gehen, abgesehen von dem Falle, daß sie sich auf selbständige Rechte stützen kann, so ist der Angegriffene zu ihrer Geltendmachung lediglich in dem betr. Rechtsstreite berufen.

Digitized by Google

Parteien im Prozesse hintenanhalten wollen und in welchem Umfange sie ihre Ansprüche stellen, ist *ihre* Sache. Ob der Beklagte die rechtshindernden, rechtsaufhebenden, rechtsunwirksam machenden Thatbestandselemente sämtlich oder mit Auswahl vorbringen oder verschweigen will („Beweislastverteilung!" — s. § 9), ob er sich überhaupt verteidigen will, ob dann in mehreren Instanzen u. s. w., alles ist seinem eigenen, unbevormundeten Ermessen überlassen. Nicht minder, welche thatsächliche Begründung eine jede Partei ihren Wünschen und Anträgen geben, *welche Behauptungen sie dem Gegner unbestritten lassen will* (§ 7), welche Beweise sie im Bestreitungsfalle anbieten und durchführen will, — mit anderen Worten, was sie zu *verhandeln* gewillt ist, bleibt ihrem eigenen Verständnisse und Belieben anheimgestellt.

Man nennt dies Anheimstellen an das Ermessen der Parteien aber „Verhandlungsmaxime", weil, um mit *Gönner*, Handbuch des gemeinen Civilprozesses I S. 183, dem Erfinder dieses Ausdrucks, zu sprechen, „alles von dem Vorbringen der Parteien oder *von ihren Verhandlungen abhängt*", was, anders ausgedrückt, den „Grundsatz der mündlichen Aktenmäßigkeit" bedeutet (*Planck*, Lehrbuch S. 183; *Heidenfeld* a. a. O. S. 127 ff.).

Am zutreffendsten will es mir jedoch erscheinen, daß man das Selbstbestimmungsrecht und die Selbstverantwortlichkeit der Parteien zusammenfaßt, zumal ihre Einflüsse auf die Gestaltung des Prozeßverfahrens nicht immer genau zu unterscheiden sind, und sie dann mit dem *einen*, nun einmal hergebrachten Fremdworte „Verhandlungsmaxime" bezeichnet.

Ist beispielsweise der Prozeßrechtssatz: „Zeugen sind nur auf Antrag zu vernehmen" eine Folge jenes Rechts oder dieser Selbstverantwortlichkeit?

Was letztere nun für die Partei bedeutet, ist wohl von selbst

Digitized by Google

klar. Für den Richter enthält sie an und für sich kein Verbot, etwa mehr zu thun als die Parteien selbst, um ihnen zu ihrem Rechte zu verhelfen; denn daß jemand für selbstverantwortlich erklärt wird, wie hier die Civilprozeßparteien, bedeutet noch nicht, daß nicht jemand anders, der Richter, zu ihrer Unterstützung neben sie treten dürfte. Nur insofern zieht das Gesetz hier eine wirkliche Schranke, als es den Richter, wie beispielsweise beim Zeugenbeweise, ausdrücklich an den Antrag der Partei, deren Initiative bindet.

Das Nähere in § 6.

Zu weiterer Veranschaulichung will ich hier, getreu der zu Anfang dieser Schrift ausgesprochenen Absicht, möglichst einen Überblick über die verschiedenen Auffassungen zu gewähren, noch auf die Darstellung Leonhardts, Inwieweit giebt es Fiktionen? S. 35 ff. verweisen und folgendes wörtlich anführen: O. von Bülow a. a. O. Bd. LXII S. 31 sagt: „Wenn er [der Angegriffene] aber, nachdem ihm vollständige Gelegenheit zur Abwehr gegeben worden ist, diese versäumt, so hat er den Nachteil selbst zu verantworten und darf sich nicht darüber beschweren, daß die Rechtsordnung, die ihm in seinen Privatrechtsinteressen ja nicht bevormundend zur Seite steht, nicht ein mehreres vom Gegner verlangt und sich nicht mißtrauischer gegen dessen Behauptung stellt, als die angegriffene Partei selbst." (Ähnlich ebenda Bd. LXIV S. 13.) Bähr, Noch ein Wort S. 34: „Die 'völlig freie' richterliche Thätigkeit, welche man mit dem Namen der 'Untersuchungsmaxime' belegt, hat ja stets für strebsame Richter [die „judices acres atque celeres" des Gellius — s. u. das Citat] etwas Verführerisches gehabt. Die Männer, welche mit einem sehr lebendigen Gerechtigkeitssinne begabt den preußischen Prozeß des vorigen Jahrhunderts schufen, haben deshalb auch diesem Prozesse die Untersuchungsmaxime zu

Digitized by Google

Grunde gelegt. Aber dies hat sich nicht bewährt. Der Richter ist nun einmal kein Gott, welcher mit Allwissenheit und Allweisheit die Verhältnisse der Parteien ordnen könnte. Deshalb soll er sich auch nicht als ein solcher fühlen. Das ist die Bedeutung der Verhandlungsmaxime. Darin liegt auch der Grund, weshalb man Wert darauf legt, daß in wichtigeren Sachen die Parteien durch Anwälte vertreten werden. Zwischen Anwalt und Richter soll gewissermaßen eine Arbeitsteilung stattfinden."

Eine Reihe von Sätzen in der C. P. O. erkennt das Selbstbestimmungsrecht und die Selbstverantwortlichkeit der Parteien, kurz die „Verhandlungsmaxime" im weiteren Sinne ausdrücklich an (Wach, Vorträge S. 41). Ich verweise auf § 259: „Der gesamte Inhalt der Verhandlungen" in Verbindung mit § 119: „Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte"; § 228: „Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle"; Arg. a contr. § 265: „Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen"; und daneben die Bestimmungen über „Antretung des Beweises" in § 255 und den §§ 336, 338, 368, 385, 386, 393, 416 in Verbindung mit § 324 Nro. 3 und § 130 Abs. 1 in der C. P. O.; § 279: „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist"; § 284 Nro. 3: „auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien"; § 487: „Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt."; § 674: „Die Zwangsvollstreckung erfolgt — durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben",

Digitized by Google

u. s. w., u. s. w. Eine immerhin überraschende und m. E. auch unrichtige Abzweigung dieses Grundsatzes findet sich im § 369 Abs. 4 der C. P. O., wonach das Gericht, wenn überhaupt, dann diejenigen Sachverständigen zu vernehmen hat, auf die sich die Parteien einigen. Es verstößt dies gegen die Stellung der Sachverständigen zum Richter, die seine Gehülfen sind und die unvermeidlichen Lücken in seiner Fähigkeit, gewisse thatsächliche Verhältnisse aufzufassen und zu beurteilen, ergänzen und ausfüllen sollen. (Wach, Vorträge S. 58 und kritische Vierteljahrsschrift XIV S. 337; Heusler a. a. O. LXII S. 243; Wendt ebenda LXIII S. 269; Ude in Busch's Zeitschrift V S. 326, VII S. 430; v. Sarwey, Kommentar, Note 5 zu obigem Paragraphen.) Solche Hülfe sollte sich der Richter allein, nach seinem Ermessen heranziehen dürfen. Ausgeglichen wird diese Abweichung allerdings durch § 377: „Das Gericht kann eine neue Begutachtung — durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet[1])."

---

[1]) Beiläufig noch folgendes. § 369 verstößt nicht etwa auch gegen den Grundsatz der freien Würdigung des Sachverhaltes nach C. P. O. § 259, weil hier eben nicht der Richter, sondern seine Gehülfen diese Würdigung in der Hand haben. Auch gehört der sog. „Beweis durch Sachverständige" zu der „Ermittlung" des an sich unstreitigen, nur wegen der aus ihm zu ziehenden thatsächlichen Folgerungen bestrittenen Sachverhalts (so ausdrücklich Wendt a. a. O.), also nicht zur „Feststellung" desselben. Sachverständigen-Gutachten ist deshalb auch keinenfalls ein „Beweismittel" (a. A. Kohler, krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 476). Es ist aber, genau wie beim Augenschein, einmal hergebracht, es so zu bezeichnen, und das muß nach der Civilprozeßordnung beibehalten werden, weil die Heranziehung der Sachverständigen in den Formen der Beweisaufnahme durch Zeugen erfolgt.

Sehr lehrreich ist in diesem Zusammenhange Entscheidung des Reichsgerichts a. a. O. XVI S. 389.

Der sog. sachverständige Zeuge (C. P. O. § 379) ist nur Zeuge; denn Verständnis und Beurteilungsfähigkeit muß man bei jedem Zeugen voraussetzen; die mehr oder weniger vorhandene Sachkunde beeinflußt

Digitized by Google

§ 6.

Fortsetzung. — Beurteilung und Anwendung der Verhandlungsmaxime in Lehre und Rechtsübung. — § 464 der C. P. O.

Wenn die Anerkennung des Verfügungsrechts der Parteien und deren Selbstverantwortlichkeit im Prozesse wenigstens den allgemeinen Umrissen nach im Systeme der Civilprozeßordnung damit dargethan sein dürfte, so brauchte deren Verträglichkeit mit einer neben ihnen stehenden, unterstützenden Thätigkeit des Richters bei der Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes eigentlich nicht nachgewiesen zu werden, wenn diese selbst vom Gesetze, wie gerade in dieser Abhandlung gezeigt werden soll, angeordnet ist. Man hätte sich dann eben wohl oder übel mit solchem Gesetze, wenn es wirklich Unverträgliches aneinander kuppelte, abzufinden.

Zum besseren Verständnisse wird es aber dienen, nochmals und eingehender darzulegen, daß es auch durchaus zutreffend ist, wenn die C. P. O. in dieser Weise die „Instruktionsmaxime" ergänzend neben die Verhandlungsmaxime treten läßt, wo es sich nur um Erleichterung der den Parteien aufgebürdeten Selbstverantwortlichkeit, nicht um eine Beschränkung ihrer Verfügungsfreiheit handelt, diese vielmehr unangetastet bleibt.

---

nur dessen Glaubwürdigkeit (Heusler a. a. O. S. 246 und Entsch. d. Reichsgerichts a. a. O. IX S. 379).

Ein Punkt, der beim Sachverständigenbeweise meines Wissens noch nicht beachtet wurde, ist der, daß streng genommen der Staat die Kosten der Sachverständigen-Heranziehung zu tragen hätte, da sie seine Gerichte unterstützen. Auch hier weicht aber einmal wieder das praktisch Zutreffende von dem logisch Richtigen ab.

Über die Beeidigung der Sachverständigen s. die spätere Bemerkung.

Digitized by Google

Heinze a. a. O. S. 267 bemerkt mit Recht: „Die Instruktionsmaxime will nur die Parteien zu einem zweckmäßigen Gebrauche von ihrem Verfügungsrechte anleiten"; und einen gleichen oder ähnlichen Standpunkt nehmen ein: Muther a. a. O. S. 358; Endemann, Prinzip der Rechtskraft S. 11, 12, 116 und bei Grünhut a. a. O. VI S. 447; Mittermaier, der gem. deutsche bürgerl. Prozeß, I. Beitrag S. 44, 50; Heidenfeld a. a. O. S. 129; Puchta a. a. O. S. 30[15] und § 38 ff.; Vierhaus in Busch's Zeitschrift II S. 142 und vor allem Planck in seiner mustergültigen Darstellung a. a. O. S. 194[1]). Es sind auch wohl nur ganz vereinzelte Stimmen, z. B. die Görings, Magazin f. deutsches Recht I S. 190, die sich dagegen erheben. In der That ist auch nicht abzusehen, wie es mit dem richtig verstandenen Verhandlungsgrundsatze in Widerspruch stände, wenn das Gesetz den Richter anwiese, bei jeder von den Parteien einmal gewollten Verteidigung ihrer Rechte ihnen mit allen Mitteln der Forschung zur Angabe und Erweisung der thatsächlichen Voraussetzungen derselben behülflich zu sein. Und weiter wäre es begreiflich, daß dann der Umfang dieser Unterstützung sehr verschieden bemessen sein könnte; ja, daß sogar aus diesem Nachhelfen unter gewissen Umständen ein um den Parteiwillen unbekümmertes, selbständiges Erforschen des Sachverhalts sich entwickelte, wie z. B. im Verwaltungsstreitverfahren. Man vergl. Preußisches Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883, § 57, 64, 68, 71, 76, 79.

---

[1]) Aus dem englischen Prozesse setze ich die Bemerkung Schusters, Bürgerliche Rechtspflege in England S. XXX hierher: Für den Civilprozeß „gilt — im allgemeinen das Verhandlungsprinzip"; doch darf „wenigstens nach neuerem Rechte der Richter von Amts wegen dem Kläger eine andere als die in der Klage beantragte Rechtshülfe gewähren".

Digitized by Google

Kohler, Patentrecht S. 380; von Sarwey, Verwaltungsrechtspflege S. 725, 727: „Die Verhandlungsmaxime gilt in dem Sinne, daß das Verwaltungsgericht nur auf Antrag thätig wird, — die Erhebung des Sachverhalts erfolgt jedoch von Amts wegen."

Wird nur anerkannt, daß der Civilprozeß von beiden Grundsätzen, der Verhandlungsmaxime und der richterlichen Beihülfspflicht, getragen sein kann, so ist schon viel gewonnen; mehr noch dann, wenn man sich der Einsicht nicht verschließt, daß erstere Maxime nur ein zusammenfassender Begriff einzelner prozessualischer Vorschriften ist, die geradeso, wie die über die richterliche Mitwirkung, im einzelnen nachzuweisen sind und nicht den Anspruch erheben können, daß ihretwegen die letzteren einschränkend ausgelegt werden; daß die Verhandlungsmaxime zunächst nur ein leitender „gesetzgeberischer Gedanke" ist (Planck a. a. O. S. 198). Solange beides verkannt wird, entsteht eine nicht geringe Gefahr für das Rechtsleben. Hierauf hat am lebhaftesten Zink (Sachverhalt im französischen Civilprozesse S. 81, 91, 354 ff., 369, 554) hingewiesen. Sodann folgende Schriftsteller, deren Äußerungen ich wieder wörtlich anführen möchte, ohne solche übrigens im einzelnen damit gutheißen zu wollen.

Wieding (Justinianischer Libellprozeß S. 706): „Das Verhandlungsprinzip, der Krebsschaden schon des kanonischen Prozesses, — umklammert — das Richteramt einem Polypen gleich und preßt ihm Kraft und Leben aus, es beraubt den Civilprozeß seines wahren staatsrechtlichen Charakters, macht ihn zu einem Konventionalprozeß der Parteien, in welchem der Richter nichts anderes wie eine starre Entscheidungsmaschine ist, die, wenn und soweit die Parteien es erlauben, sich in Bewegung setzt und fast mechanisch ihre vorgeschriebene Arbeit verrichtet." — „Die un-

Digitized by Google

heimliche Waffe der Nichtigkeit schwingend, lauert jener unheimliche Gast — dem Richter auf Schritt und Tritt auf." — Sie „ist kein Prinzip der Freiheit, sondern der Chicane und eines starren Formalismus, welcher das materielle Recht statt es zur Anerkennung zu fördern zu Grabe trägt".

Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht 1868 S. 365: „Die Verhandlungsmaxime ist, konsequent durchgeführt, die Lähmung aller selbständigen Thätigkeit des Richters, Beschränkung desselben auf die Kognition über die Parteiverhandlungen und damit Abwälzung der Verantwortlichkeit für das nur noch formal oder juridisch gerechte Resultat des Prozesses — auf die Parteien." — S. 366: „So gewiß das Dispositionsrecht der Parteien über den Streitgegenstand und Prozeß niemals ganz entbehrt werden kann, ebenso gewiß muß die Geltung der Verhandlungsmaxime, weil sie nur Ausdruck des Formalismus und der schiefen Stellung der Faktoren des Prozesses zueinander ist, da erschüttert, abgeschwächt und geradezu entbehrlich werden, wo mit Einführung der Mündlichkeit das normale, auf Zusammenwirken gerichtete Verhältnis des Richters zu den Parteien wiederhergestellt wird" (s. hier § 15 a. A.).

von Bar (a. a. O., S. 2): „Die sog. Verhandlungsmaxime, d. h. die Anerkennung des freien Dispositionsrechts der Partei über ihr im Streit befangenes Privatrecht und demgemäß auch die Beschränkung des Gerichts auf das Beweismaterial, welches die Partei zur Durchführung und zum Schutze ihres Privatrechts vorzulegen für gut findet, kann jenem größeren Zwecke gegenüber [der richtigen Wirkung der Wahrheitserforschungsmittel] rationell nur eine untergeordnete und beschränkende, nicht aber eine konstitutive Bedeutung in Anspruch nehmen."

Wendt, Arch. f. d. civ. Praxis LXIII S. 263: „Ich meine, man könne — niemals mit dem Postulat der Verhand-

Digitized by Google

lungsmaxime argumentieren, wenn man dieselbe nicht als in den Rechtssätzen positiv gegeben nachweisen kann."

Heusler ebenda LXII S. 251: „Das sog. Verhandlungsprinzip ist überhaupt kein fruchtbares Rechtsprinzip, sondern ein doktrinärer Schulbegriff und als solcher für Erklärung gewisser Erscheinungen eines geltenden Rechtes nicht unnützlich. Man sollte sich aber hüten, ihn zum Götzen zu machen und ihn aus dem innersten Wesen des Rechts, zumal des Civilrechts, herleiten zu wollen, was nur zu Verkehrtheiten führen kann."

Kohler (Kritische Vierteljahrsschrift XXII S. 473): „Die Verhandlungsmaxime ist keine prinzipielle Regel, sondern eine Zweckmäßigkeitseinrichtung, die überall da cessiert, wo das Offizialprinzip eine größere Garantie für die Erreichung der Zwecke des Prozesses bietet."

Sintenis (Erläuterungen zu Linde I S. 370): „Der Begriff des Verhandlungsprinzipes ist ein Abstraktum, welches vielmehr a posteriori zu bestimmen ist."

Struckmann und Koch, Kommentar zur C. P. O. (5. Aufl.) S. 144 sagen zu § 130, das Gesetz habe es vermieden, einen allgemeinen, die Verhandlungsmaxime sanktionierenden Satz aufzunehmen, weil er „in seiner Nacktheit leicht zu Irrtümern und falschen Konsequenzen Anlaß geben" könne.

Zu vergleichen ist endlich O. von Bülow cit. Arch. LXII S. 92[71] und LXIV S. 5 ff.

Auch aus diesen der Verhandlungsmaxime im allgemeinen wenig geneigten Urteilen geht in überraschender Weise die Verschwommenheit und damit die Gefährlichkeit dieses Begriffes hervor; jeder findet in ihm etwas anderes. Den Mißverständnissen und den mißverständlichen Folgerungen sind Thür und Thor geöffnet; und damit wird man, wie mir Lehre und Gerichtsübung derzeit noch zu stehen scheinen, im Zweifel auf Verkümmerung der

Digitized by Google

neben jener Maxime verordneten richterlichen Mitwirkungspflicht hinauskommen. Die Praxis steht entschieden noch zu sehr unter dem Drucke der Erinnerung, wie im gemeinen Prozesse[1]) die Verhandlungsmaxime alle richterliche Selbstthätigkeit überwucherte, und in der Litteratur wird so häufig nur von „Prozeßleitung" statt von „Mitwirkung" gesprochen und den klaren, auf diese letztere bezüglichen Bestimmungen durch mißverständliche Äußerungen oder ängstliche Einschränkungen die Spitze abgebrochen. Obwohl die Erörterung der letzteren dem folgenden vorbehalten bleiben könnte, so sollen hier doch einige Beispiele vorausgeschickt werden.

Birkmeyer (bei Busch, Zeitschrift VII S. 187): es sei Recht der Parteien, „die zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen Thatsachen zu behaupten, so daß weitere für das Urteil relevante Thatsachen, als die von den Parteien angegebenen, vom Richter weder aufgespürt noch, wenn sie ihm anderweit bekannt sind, verwertet werden dürfen".

Wach, Vorträge S. 149: „Das Gesetz macht dem Richter die freie Forschung nicht nur nicht zur Pflicht, sondern sie gestattet sie ihm nicht"; und an einer anderen Stelle: „Die Parteien — bekämpfen und verständigen sich unter wesentlich unthätiger, rezeptiver Assistenz des Gerichts." Oder Arch. f. d. c. Prax. LXIV S. 203: Die privatrechtliche Natur der Streitsache „nötigt zum prinzipiellen Verzicht auf die Feststellung der materiellen Wahrheit. Die Vollständigkeit des Prozeßstoffes, der Urteilsgrundlage wird nicht nur nicht gewährleistet, sondern grundsätzlich nicht erstrebt. — Die Wissenschaft

[1]) Obgleich sich doch auch hier schon Äußerungen finden, wie die oben mitgeteilte Böhmers und die Leyfers (Meditationes II specimen 120 c. 2): „Non est enim judex intra tam arctos cancellos includendus, ut veritati per hoc fraus fiat. Impertitur ille officium suum etiam non imploratus, quoties aequitas id poscit. Supplet omissa et neglecta," — nach Wetzell „eine bedenkliche Abweichung".

Digitized by Google

des Richters vom Sachverhalt, soweit sie nicht amtliches Wissen ist, bleibt unbenutzbar". Oder gar ebenda S. 204[8]: „nicht weil faktisch die Erkenntnisquellen versiegen, sondern weil rechtlich dem Gerichte die Hände gebunden sind, es zu den Quellen zu steigen nicht befugt ist". Und wiederum in den Vorträgen S. 55: „Es liegt auf der Hand, daß das richterliche Fragerecht eine starke Versuchung zum Mißbrauche, zur Verletzung der Verhandlungsmaxime in sich birgt. Gar leicht kann es geschehen, daß durch Suggestivfragen Verteidigungs- und Angriffsmittel suppeditiert oder durch inquisitorische Fragen amtlich der Wahrheit nachgespürt wird."

Seuffert (Kommentar zur C. P. O., Bemerkung 2 zu §§ 255, 256) erklärt die Einnahme des Augenscheines von Amts wegen als „Überschreiten der Grenzen der Verhandlungsmaxime". Wird nicht jeder Richter mit derartigen Äußerungen im Gedächtnisse das Gefühl haben, er wandele bei Ausübung des Fragerechts, bei Einnahme des amtlichen Augenscheines eigentlich auf verbotenen oder doch sehr bedenklichen Wegen?[1])

Stellt von Canstein trotz seines anerkennenswerten Strebens, der „materiellen Wahrheit" zu ihrem Rechte zu verhelfen, mit folgendem Satze (bei Busch, Zeitschrift II S. 351) die

---

[1]) Man kann sich das etwa folgendermaßen veranschaulichen. Die Str. Pr. O. § 163 schreibt vor: „Wenn Gefahr im Verzuge obwaltet, hat der Amtsrichter die erforderlichen Untersuchungshandlungen von Amts wegen vorzunehmen", während die Hannoversche „revidierte Strafprozeßordnung" von 1859 in § 53 anordnete: „Der erste Angriff bei schweren und leichten Straffällen liegt dem zuständigen Amtsgericht von Amts wegen ob."

Obwohl nun bei sehr vielen wichtigen Untersuchungsfällen (Brandstiftung!) immer „Gefahr im Verzuge" ist, so wird der Richter nach dem deutschen Gesetze sich doch immer ganz anders gestellt glauben, wie nach dem (praktisch so außerordentlich brauchbaren) hannoverschen.

Digitized by Google

Sache klar? „Nach der Verhandlungsmaxime hat der Richter weder nach dem Sachverhalte noch nach Beweismitteln desselben zu forschen, sondern bloß den ihm vorgelegten Sachverhalt in Betracht zu ziehen und sich mit jenen Mitteln der Wahrheitsfeststellung zu begnügen, welche ihm von den Parteien angegeben, oder welche ihm ohne Forschung zu Gebote stehen", — nämlich Augenschein, Sachverständigenbeweis, Not-, Schätzungs- und Editionseid.

Wenn man endlich zwar die Ungeheuerlichkeiten der gemeinrechtlichen Lehre unmöglich in der C. P. O. als wiederaufgelebt ansehen darf — ein Kampf gegen jene nunmehr also überflüssig ist, — so ist doch nichts verkehrter, als trotzdem jetzt noch auf jene zu verweisen, ohne vor den von ihr beliebten Auswüchsen der Verhandlungsmaxime ausdrücklich zu warnen.

Man beachte in diesem Zusammenhange noch die Darstellung Plancks a. a. O. S. 434 ff.; Heyßlers bei Grünhut a. a. O. XII S. 18; Nessels bei Gruchot, Beiträge XXX S. 87 und 193; Korns in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen IV S. 203 — dieser ist z. B. ein eifriger Gegner des Fragerechts. Geringschätzend behandelt letzteres übrigens auch Glaser (a. a. O. S. 453). Er sagt: „Das Befragungsrecht ist allerdings ein sehr geeignetes Mittel zur Klarstellung von Behauptungen, weil es hier auch gegenüber den Parteivertretern geübt werden kann. Zur Klarstellung der Thatsachen taugt es wenig. Es ist zu umständlich; es giebt dem allzu eindringlich forschenden Richter zu sehr das Ansehen der Parteinahme und es flößt der redlichsten Partei Bedenken ein, da niemand es liebt, in eine Lage zu kommen, in welcher er nur dem Gegner Zugeständnisse machen, sich selbst aber nicht nützen kann; es gestattet dagegen dem Unredlichen, in voller Strafloſigkeit frech zu lügen." Diese Äußerungen sind um so auffälliger,

Digitized by Google

als er doch selbst aus dem Züricher Prozesse (S. 480 dort) und dem englischen (S. 482[86]) Beispiele erfreulicher Wirkung des Fragerechts beibringt und selbst so eifrig für Parteizeugenvernehmung eintritt. — Freilich kommt ihm auch Bähr in Iherings Jahrbüchern XXIII S. 409 nahe (s. w. u.). — Weitere Gegner des Fragerechts bei seiner Anwendung, die eben dadurch der Übertreibung der Verhandlungsmaxime sich schuldig machen, s. u.

Alle derartigen m. E. aus dem wirklichen Sinne der Verhandlungsmaxime kaum abzuleitenden Ansichten lassen sich auf den einen schon von Zink (a. a. O. S. 360) gerügten Irrtum zurückführen, daß jene Maxime bezw., genauer gesagt, das Verfügungsrecht der Partei über das streitige Recht und die Prozeßbehelfe nicht nur die unter sich einigen Parteien vor der amtlichen Nachforschung seitens des Gerichts schützen, sondern auch die einzelne Partei, wo ihr der Gegner feindselig und mit allen Mitteln des Prozeßkampfes gegenübertritt. Zink sagt — im Einverständnisse mit Gönner a. a. O. I S. 187: — „Die Verhandlungsmaxime, sagt man, beruht auf der so natürlichen Annahme eines stillschweigenden Verzichtes der Teile, den ihnen aus den Händen zu winden kein Rechtsgrund vor Augen liegt; wer ein Beweismittel nicht vorschlägt, der läßt es fallen, will sich seiner nicht bedienen. Diese Bemerkung ist nicht aus dem Leben gegriffen; keine Partei will ein Beweismittel fallen lassen; jede bietet vielmehr allen möglichen Fleiß auf, um alles, was ihr nur immer und wo es ihr zugänglich wird, auf die Position des Widersachers zu schleudern." Das ist allerdings, wie so häufig in den trefflichen Zinkschen Erörterungen, keine juristische Begründung; aber sie geißelt doch mit Recht aus dem Bedürfnisse des Rechtsverkehrs heraus und in dem richtigen Gefühle, daß solch Nachforschen doch eigentlich mit der Verhandlungsmaxime nichts zu thun habe, das bequeme oder ängstliche

Digitized by Google

Sichverlassen auf diese Maxime mit Hintansetzung jener thätigen Mitwirkung seitens des Richters.

In der That ist es irreführend, ganz allgemein, wie z. B. Ude a. a. O. V S. 319, von dem „unter dem Schutze der Verhandlungsmaxime stehenden Parteiwillen" zu sprechen. Aus diesem Irrtum erklären sich manche seltsam schiefe Äußerungen, wie sie sich beispielsweise in der Besprechung der trefflichen Ausführung Kleins (a. a. O. S. 107 ff.: „Die Lüge im Prozesse") durch Canstein (bei Busch a. a. O. IX S. 525) finden: er sehe „die Wahrheitspflicht in dem auf der Verhandlungsmaxime beruhenden Civilprozesse für unhaltbar" an. „Ohne Zweifel soll die Lüge durch gesetzliche Präventivmaßregeln — womöglich hintangehalten werden; aber ein durch Strafen sanktioniertes Lügenverbot widerspricht der Verhandlungsmaxime des Civilprozesses." Ein würdiges Seitenstück zu dem Erkenntnis in Seufferts Archiv XV, 128: ein bloßes Ableugnen im Rechtsstreite wider besseres Wissen sei nach der herrschenden Verhandlungsmaxime kein dolоses Handeln, wozu Seuffert denn doch bemerkt, hier geschehe der Verhandlungsmaxime wohl unrecht!

Mag immerhin der Wert einer Lügenbestrafung, worauf Klein a. a. O. hinauswill, praktisch recht gering und zweifelhaft sein[1]), so ist es doch gewiß nicht Folge der Verhandlungsmaxime, daß auch der Wille der einzelnen Partei — ihr Eigenwille, ihr Eigensinn, ihr verstocktes Leugnen „geschützt" werde. Wenn die Rechtsordnung die hier später zu besprechenden § 130 ff. der C. P. O. sozusagen als „leges imperfectae" hinstellt, die Unaufrichtigkeit der Parteien und ihren Ungehorsam dem richterlichen Erscheinungsbefehle gegenüber nur unter die Androhung ungünstiger Beweiswürdigung setzt, so ist

[1]) Mittermaier a. a. O. S. 84 und hier gleich unten.

Digitized by Google

das deshalb geschehen, weil man einen wirklichen Zwang in Privatsachen nicht für angebracht hielt; aber was Wach (bei Grünhut a. a. O. VI S. 548) darüber sagt, wodurch er der schönen Errungenschaft jener Bestimmungen, wenn auch unabsichtlich, zum Verkümmern verhilft, will mir doch nicht zutreffend erscheinen! Durch die Wahrheitspflicht „würde die Partei im Civilprozeß zum Wahrheitserforschungsmittel. Das inquisitorische Prinzip trete in ihn ein. — Die in der Herrschaft der Parteien über die Streitsache und der Interesselosigkeit des Staates am Streitobjekt wurzelnde, allein gesunde Basis des Civilprozesses: die sog. Verhandlungsmaxime, erhielte einen tödlichen Bruch. Es wäre nur noch eine Frage der 'Praktikabilität', ob man der Partei mit Zwangsmitteln die wahrheitsgemäße Aussage abpressen, sie mit Lügenstrafen bedrängen, sie als Zeuge in eigener Sache durch eidliche Tortur zum Geständnis bringen solle."

Gewiß soll der Richter einer Partei nicht mehr an Rechtsvorteilen — z. B. auch an Aufklärung durch Beweiserhebung — verschaffen wollen, als sie selbst verlangt oder andeutet; aber deshalb dürfte er sie doch bei dem von ihr wirklich Gewollten unterstützen und dabei den bösen Willen des Gegners brechen, gegen diesen „inquirieren", um dies prächtige Fremdwort zu wiederholen. Und wenn man sich wirklich zu einer Bestrafung der Lüge im Prozesse gesetzgeberischerseits entschlösse, was nebenbei bemerkt zu den vielen Schwierigkeiten, im Prozesse hinter die Wahrheit zu kommen, noch die neue fügte, die Arglist der leugnenden Partei festzustellen; — wenn man sich zu solcher Bestrafung entschlösse, so wäre damit noch keineswegs geboten, auch dasjenige, was beide Parteien übereinstimmend gelten lassen wollen, und wiche es zehnmal vom ursprünglichen Thatbestande ab, als Lüge mitzubestrafen. Erst das aber würde dem

Digitized by Google

Rechte der Parteien, daß ihre gemeinsame Feststellung des Thatbestandes vom Richter als maßgeblich zu beachten sei, widersprechen, andererseits aber auch schon durch die eine Erwägung ausgeschlossen sein, daß etwas für strafbar erklärt würde, was entsprechend außerhalb des Prozesses, nämlich durch Abänderung eines abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, ungehindert geschehen darf!

Wo aber keine Einigkeit beider Parteien den Richter auf einen unbestrittenen Thatbestand verweist, da steht der Eigenwille und die Entstellungsabsicht der einzelnen Partei — soweit es sich nicht um Verzichte ihrerseits handelt — in keiner Weise, selbst wenn der Gegner mutlos die Arme sinken ließe, der richterlichen Nachforschung entgegen. Hier ist für den Richter dasjenige, was **diese eine** Partei vorgebracht oder „verhandelt" hat, keineswegs eine Schranke. Denn wer, um mit Zink (a. a. O. S. 356) zu reden, „die richterliche Hülfe anruft oder wer sich den Schutz des Richters gegen ein unzulässiges Begehren seines Gegners erbittet, der muß auch von selbst wollen, daß jenem zustehe, der wahren Bewandtnis der Sache mit allen sich darbietenden Hülfsmitteln auf den Grund zu sehen".

Nicht lediglich auf die Parteithätigkeit soll es bei Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes ankommen; die „Verhandlungsmaxime" erschöpft den Willen des Gesetzes nicht; sie fordert jene nur in erster Linie und bewirkt, daß eine Partei das schließliche „non liquet" ihres Anspruches sich selbst zuzuschreiben hat, obwohl sie erwarten darf, daß ihr der Richter bei ihren Bemühungen, ihn darzulegen und erweislich zu machen, mit allen ihm gesetzlich zustehenden Mitteln zu Hülfe kommt. Die Verhandlungsmaxime zwingt den Richter nicht, sich bei dem zu beruhigen und stehenzubleiben, was die eine oder die andere Partei einseitig vorgebracht hat, falls der Gegner Wider-

Digitized by Google

spruch dagegen erhoben hat, verbietet ihm also nicht, der abstreitenden Partei sozusagen in die Karten zu sehen. Etwas derartiges kann nur derjenige behaupten, der die Rechtssätze der Prozeßordnung, welche die Verhandlungsmaxime zum Ausdruck bringen, ohne Zusammenhang mit den §§ 130 ff. der C. P. O. betrachtet.

Um eben aber das richtige Verhältnis zwischen diesen und jener Maxime im deutschen Civilprozesse darzulegen und die Grenzlinien, die dadurch verdunkelt sind, daß man diese Vorschriften zu sehr in den Schatten treten ließ, deutlich zu ziehen, ist diese Abhandlung unternommen — zur Beschaffung einer Erkenntnis, welche m. E. für die richtige Handhabung der jetzt leider so viel angefochtenen Civilprozeßordnung von wesentlicher Bedeutung ist.

Anhangsweise möchte ich noch folgendes bemerken.

Wie sehr das Gesetz bemüht ist, den Parteien durch die richterliche Hülfe, mit Beiseitesetzung aller Bedenken aus etwaigen „Maximen" entgegenzukommen, zeigt der bereits (zu Anfang des § 5) besprochene § 464 der C. P. O. Man behandelt ihn häufig als eine Ausnahme der allgemein gültigen Hauptregel des Prozesses, als ein bei dem sonst formstrengen Bau desselben stilwidriges Erkerchen, das man dem niedrigeren Bedürfnisse habe zugestehen müssen. Dem entgegen wird die thatsächliche Wichtigkeit dieses Paragraphen folgende Zahlenübersicht nach dem Preußischen Justizministerialblatte (1885 S. 270; 1886 S. 202) veranschaulichen.

Es wurden im Preußischen Staatsgebiete an gewöhnlichen Prozessen (also ohne Wechselklagen u. s. w.) vor den Amtsgerichten 1884 verhandelt 646 938; vor den Landgerichten { in erster Instanz 56 581 / in zweiter Instanz 23 491 } 80 072;

Digitized by Google

desgleichen im Jahre 1885 vor den

Amtsgerichten . . . . . 655 522; vor den

Landgerichten { in erster Instanz 58 114 / in zweiter Instanz 23 516 } 81 630;

mithin durchschnittlich 88% aller Prozesse nach der „Maxime" des § 464 der C. P. O.! (Vergl. Kulemann a. a. O., S. 360).

Die Vorschrift desselben, das Gericht habe „dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatsachen sich vollständig erklären", wiederholt meiner Ansicht nach nur noch einmal recht eindringlich den später zu besprechenden § 130 dort. Darüber hinaus geht — und damit auch über den Rahmen dieser, auf den Thatbestand bezüglichen Erörterung — die weitere Anordnung, daß das Gericht auch dahin zu wirken habe, daß die Parteien „die sachdienlichen Anträge stellen" — wohlgemerkt — nicht „sachdienliche Anträge" allgemein, sondern diejenigen, welche aus ihren eigenen oder aus den durch das Fragerecht des Richters erhobenen Behauptungen sich ergeben. Man wird deshalb billigen, daß Struckmann und Koch (Kommentar zur C. P. O.) zu diesem Paragraphen sagen, er enthalte eine starke Hinneigung zum Offizialprinzipe. (Vergl. den Kommentar von Gaupp II S. 462.) Das mag nun für den Systematiker peinlich sein: mir ist es ein erwünschter Beleg, daß die C. P. O. über die grundsätzlich anerkannte Verhandlungsmaxime hinaus durch nachdrückliche Anordnung richterlicher Hülfe dem wahren Bedürfnisse des rechtssuchenden Publikums gerecht wird. Ich begrüße im § 464 eine Vorschrift, welche sehr segensreich ist und dem wahren „officium nobile judicis" entspricht, ja für die Untergerichte einfach unentbehrlich ist. (So auch Puchta a. a. O. S. 67, 68; Böhmer a. a. O. XXXV c. V § 4.) Freilich stellt der Paragraph ganz besondere Anforderungen an den Richter,

Digitized by Google

an dessen Taktgefühl und juristischen Überblick. Er soll, ohne seine Unparteilichkeit einzubüßen, sich in die Rolle beider Parteien so hineindenken, daß er zwar nicht deren Sachwalter spielt, aber doch auf Grund des nach § 130—135 ermittelten Thatbestandes die Parteien mit ihren mehr oder weniger ausgesprochenen Gedanken in das richtige juristische Fahrwasser lenkt, ihre Wünsche zu juristischen Anträgen umbildet. Beide Teile nahen ihm gewissermaßen unter Anrufung der „clausula salutaris“: „So und so liegt die Sache; das und das ist unser Wunsch; nun mach' Du, Richter, das juristisch fertig!“ —

Und dann noch eine Bemerkung. Mit Beispielen diesen Paragraphen zu erschöpfen, wie man versucht hat, halte ich für völlig müßig; man kann die Fülle des Lebens nicht in eine öde Formel bannen!

§ 7.

Fortsetzung. — Die unbestrittenen Parteibehauptungen sind für den Richter der Regel nach maßgebend. — (Wissens- und Willensgeständnis.)

Zieht man hiernach ein kurzes Endergebnis, so bedeutet das bisher Besprochene für den Richter etwa folgendes. Die Bestimmungsfreiheit der Parteien in Verbindung mit ihrer Selbstverantwortlichkeit gebietet ihm, daß er (nicht bloß bei dem Zuerkennen von Ansprüchen — was nicht hierher gehört — sondern auch) bei der Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes nicht über den Willen beider Parteien hinausgreifen, ihnen an Thatsachen und Beweisen keinen Angriffs- und Verteidigungsstoff aufdrängen, wenn auch nahelegen darf, soweit er damit innerhalb der sachlichen Anträge der Parteien bleibt; daß er aber auch andererseits nicht gehindert ist, bis auf einige später zu be-

Digitized by Google

sprechende Ausnahmsfälle selbständig den vorhandenen Parteibestrebungen, zumal wo es sich um Feststellung des bestrittenen ursprünglichen Sachverhalts handelt, unterstützend nachzugehen.

Infolge dieser Grundsätze steht deshalb auch die richterliche Thätigkeit **der Regel nach** vor allem, was die Parteien sich gegenseitig unbestritten lassen, still[1]). Es ist ihnen unbenommen, sich alles oder einzelnes der gegenseitigen (Rechtsansprüche und) Behauptungen unangefochten zu lassen. Für eine richterliche Mitwirkungspflicht ist da, wo die Thätigkeit der Partei selbst ruht, offensichtlich kein Platz; „der betreffende Umstand [ist] der Sphäre des Streitigen und hiermit der richterlichen Entscheidung entrückt" (Unger a. a. O. § 129[1]). „Wenn und soweit die Parteien sich einig sind, ist der Gegenstand der Übereinstimmung als unbestreitbar und gewiß vom Richter zu betrachten; denn nur insofern die Parteien seine Hülfe verlangen, kann er thätig werden" (Brackenhöft, Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß N. F. XX S. 276 und dazu noch Endemann, Prinzip der Rechtskraft S. 8; Hefftter-Weber, Beweisführung S. 195); oder wie Degenkolb (a. a. O. S. 25) es als Folge der von ihm verworfenen Ansicht darstellt: „Der Kläger habe in den Augen des Gerichts recht, solange ihm nicht widersprochen sei; und er behalte deshalb endgültig Recht, wenn die Präklusion des

---

[1]) Demelius a. a. O. S. 366; von Bar a. a. O. S. 33. Eine völlig abweichende Ansicht bei Heidenfeld a. a. O. S. 99 vom Standpunkte angeblicher Parteipflichten aus: „Die Abgabe unrichtiger Zugeständnisse ist eine unberechtigte Willkür, aber kein Recht — die Abgabe richtiger Zugeständnisse ist eine Pflicht, aber gleichfalls kein Recht."

Von selbst versteht es sich, mag aber doch schon hier erwähnt werden, daß Zugeständnisse einer Partei über die Ergebnisse des Beweisverfahrens unmaßgeblich bleiben. S. § 10 hier.

Digitized by Google

Verklagten ihm die rechtliche Möglichkeit des Widerspruches verschließe."

Die richterliche Mitwirkungspflicht setzt also nur im Streitfalle ein; es soll der Richter nicht etwa hinter den unbestritten gebliebenen Behauptungen den ursprünglichen Sachverhalt aufdecken. Hier kann man also auch in der That von einem „Schutze des Parteiwillens" d. h. des gemeinsamen beider Parteien sprechen, einem Schutze insofern, als nicht Verhältnisse aufgedeckt werden, die sie beide verschweigen möchten oder für ordnungsmäßig halten (s. o.), und als nicht auf ihre Kosten Beweisaufnahmen durchgeführt werden, von denen sie gar nichts wissen wollen[1]).

Kommt es aber im Prozeßverfahren auf die (einseitigen) Parteibehauptungen an, falls solche nur unbestritten, unabgewehrt geblieben sind, so ist damit ein Gegensatz nicht nur zum bisherigen gemeinen Prozeßrechte, sondern auch zu der landläufigen Auffassung unseres Civilprozesses in diesem Punkte bezeichnet. Man spricht gemeiniglich nicht von der Maßgeblichkeit solcher „Behauptungen", sondern von der des „Geständnisses", und daß erst dieses der richterlichen Forschung Schranken zöge.

Und da es hier gerade auf die Bestimmung dieser Beschränkungen ankommt, so muß ich mich näher auf diese Sache einlassen.

---

[1]) Deshalb ist auch der mehr oder weniger unklare Wunsch nach „materieller Wahrheit" im Civilprozesse — abgesehen vom Kampfe gegen den Übelstand des zugeschobenen Eides (s. u.) — so außerordentlich müßig; die angestrebte Entfesselung der Parteien überschlägt sich dabei unversehens in ihr Gegenteil. Denn man läßt jenen ja gerade insofern den freien Willen, als das Unbestrittene im Civilprozeß für den Richter maßgebend sein soll! — Vergl. Glaser a. a. O. II S. 422 (s. u.).

Digitized by Google

Ich finde aber diese meine Auffassung[1]), verstehe ich Endemann recht, schon in dessen „Deutsches Civilprozeßrecht" 1868 angedeutet; und zwar sind die hierhergehörigen Äußerungen folgende. Bd. I S. 409, wozu noch S. 371 zu vergleichen ist: „Die Verhandlungsmaxime giebt den Parteien ein Recht, jedesmal bei jeder Handlung den Gegner bei seinem Worte zu halten, sobald man durch die Erklärung, gleichsam als prozessualische Acceptation [s. gleich unten], ihn dabei erfaßt hat. Durch den Inhalt von Behauptung und Erklärung wird dem Gerichte vorgeschrieben, auf welcher Grundlage und in welchem Umfange es zu erkennen hat." Bd. II S. 768: „Man kann Geständnis oder Einräumung auch diejenige Erklärung nennen, welche ohne vorgängige Behauptung der Jenseite, also freiwillig, erfolgt. Und daß das Geständnis einen dem Gestehenden nachteiligen Inhalt (contra se) haben müsse, braucht für das gerichtliche Geständnis kaum erwähnt zu werden [siehe desgleichen weiter unten], weil jede gerichtlich-prozessualische Erklärung, sie mag einen Inhalt haben, wie sie will, die erklärende Partei bindet." Anm. 14 ebenda, wozu noch S. 829 zu vergleichen ist: „So zeigt sich denn, daß in der That der Effekt der confessio judicialis gar nicht in einer besonderen Bedeutung des Geständnisses, sondern in dem formellen Wesen des Prozesses, vermöge dessen jede Partei an ihre formelle Erklärung gebunden ist, seinen Grund hat. — Ob man die Ursache in dem Verzichte der Partei auf Beweis (wohl richtiger Leugnen) oder in der 'prozessualischen Übereinstimmung' sucht, — bleibt sich ziemlich gleich."

---

[1]) In der Litteratur, die mir zu Gebote stand, habe ich sie, wenigstens in der Schärfe, wie ich sie glaube verteidigen zu müssen, nicht gefunden, obwohl sie mit dem „Abwehrgrundsatz" eigentlich bereits gegeben ist.

Digitized by Google

Jedoch ist auch bei Endemann die Forderung einer „Annahme" und eines „nachteiligen Inhaltes" der Parteibehauptung nicht völlig beseitigt; Bd. II, S. 767 wird sogar von der „Präsumtion" der Annahme des Geständnisses, weil der Gegner ja darauf verzichten könne, gesprochen und dadurch die Sache wieder verdunkelt. Auch behauptet Endemann auffälligerweise, daß dieses „Festhalten am Worte" im mündlichen Prozesse nur „abgeschwächt" erscheine; vielleicht bezieht sich das aber nur darauf, daß thatsächlich in ihm das (nur) gesprochene Wort leicht verhallt, oder darauf, daß man hier eher ein Wissens- als ein Willensgeständnis annehmen werde (s. u.).

Der gemeine Prozeß dagegen hielt jede Parteibehauptung für „juridisch ungewiß" (Heffter-Weber, Beweisführung S. 195), wie Burckhardt (Civilistische Präsumtionen S. 132) sagt: „Der Richter — glaubt ohne Beweis gar nichts." Und für das jetzige Recht (vergl. auch Fitting, Reichscivilprozeß § 41; Bolgiano, Handbuch des Civilprozeßrechts S. 51) erklärt beispielsweise Wach (bei Grünhut VII S. 160), es stehe fest, „daß die Parteibehauptung als solche ungewiß" sei; auch spricht er sich (S. 156 ebenda) auf das lebhafteste gegen das „Bestreitungsrecht" des Beklagten aus. Wenn ich auch nun meinerseits nach dem in Anmerkung 1 S. 15 Gesagten selbst keineswegs geneigt bin, ein solches Recht[1]) anzunehmen, sondern lediglich eine vom Gesetze eröffnete Gelegenheit zur Bestreitung, zur Abwehr, so scheint mir doch Wachs Ansicht von einem falschen Ausgangspunkt herzukommen. Er sagt: „Das 'Be-

[1]) Und noch weniger die Möglichkeit eines Verzichtes darauf, womit man das prozessualische Geständnis erklären will (s. u.). — O. von Bülow, Arch. f. d. c. Prax. LXII S. 31: „Der Gegner hat ein Bestreitungsrecht, keine Beantwortungspflicht." — Bolgiano ebenda Bd. LXVIII S. 103.

Digitized by Google

ſtreitungsrecht' ſcheint mir unverträglich mit dem Beweisſyſteme des Civilprozeſſes. Es macht den Beweis zu einer Leiſtung der Partei gegenüber der Partei, ſtellt ihn in dieſem Sinne unter die Verhandlungsmaxime. Nur wenn die Partei jene Leiſtung fordert, iſt ſie zu machen, andernfalls nicht. Das iſt nicht unſere Auffaſſung des Beweiſes. Es wird dem Richter bewieſen; deſſen Überzeugung von der Wahrheit iſt Ziel des Beweiſes. Er kann nur urteilen auf Grund von Thatſachen, welche ihm nach dem Geſetze als wahr zu gelten haben. Allerdings unterſteht der Prozeß- und ſpeziell der Beweisſtoff der Parteidispoſition. Kraft der Dispoſition über die Streitſache kann die Partei Thatſachen als wahr behandeln, welche nicht wahr ſind. Aber ob es überhaupt zum Beweiſe kommt, das hängt nicht von ihr ab. Es hängt davon ab, ob die von ihr beſtrittenen Thatſachen beweisbedürftig ſind. Sie ſind es nicht, wenn ſie dem Richter bereits nach dem vorliegenden Prozeßſtoff oder der den Thatſachen anhaftenden Gerichtskundigkeit gewiß ſind. Was ihm gewiß iſt, kann durch Parteidispoſition nicht ungewiß gemacht werden. Wäre nun an ſich die klägeriſche Parteibehauptung nicht beweisbedürftig, d. h. dem Richter gewiß, ſo ſehe ich nicht ein, wie ſie durch **nacktes** Beſtreiten ungewiß werden ſoll."

Für das jetzige Recht iſt die ſog. „sedes materiae" C. P. O. § 129 Abſ. 2: „Thatſachen, welche nicht — beſtritten werden, ſind als zugeſtanden anzuſehen" und § 296, wonach im Verſäumnisfalle „das thatſächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugeſtanden anzunehmen" iſt. Erſt von hier aus — alſo auf umgekehrtem Wege, wie Wach — iſt an den § 261 dort heranzutreten, um aus ihm zu entnehmen, daß alles „Zugeſtandene" d. h. Nichtbeſtrittene und ausdrücklich Zugegebene keines Beweiſes bedarf, und weiter an § 263, um zu

Digitized by Google

sehen, daß an das eigentliche ausdrückliche Zugeständnis dann noch eine besondere Rechtsfolge geknüpft ist.

Nach dem „habeat sibi!“ der Verhandlungsmaxime kann der Richter jede Partei bei ihren Behauptungen festhalten — nicht bloß bei ihren eigentlichen „Geständnissen“, auf die man sonst alles Gewicht legt. Er kann jene weiter zu seiner Urteilsgrundlage machen, vorausgesetzt daß sie von einer der beiden Parteien verwertet, d. h. zur Urteilsgrundlage bestimmt sind, was man beim „Geständnisse“ mit „Annahme“ zu bezeichnen gewohnt ist[1]). Diese „Gebundenheit ans Wort“ (Siegel,

---

[1]) Weil die Parteien den Umfang der dem Urteile zu Grunde zu legenden Thatsachen nach der Verhandlungsmaxime bestimmen können und sollen. Wird eine Behauptung nicht „verwertet“, so fällt sie für den Richter als „gegenstandslos“ weg: Planck a. a. O., S. 322. — Beispiel: Kläger gibt zu, das Testament, kraft dessen er ein Nachlaßstück vom Gegner, der gleichzeitig Vermächtnisnehmer ist, fordert, sei nichtig; Beklagter „verwertet“ aber aus naheliegenden Gründen dies Zugeständnis nicht, „eignet es sich nicht an“. — Es will mir übrigens scheinen, als ob auch der Behauptende selbst über solche „Verwertung“ entscheiden könne, daß mithin solche nicht allein vom Gegner auszugehen vermag. Kläger sagte in obigem Falle, wo Beklagter beispielsweise die mündliche Verhandlung versäumt: „Ich gestehe zu, daß das Testament den und den Fehler hat; aber ich halte es für gültig und erwarte darüber gerichtliche Entscheidung.“ Oder anders: „Ich bemerke beiläufig, daß das Testament nichtig ist, Beklagter als Vermächtnisnehmer wird aber nicht darauf greifen.“ Ist das Testament nach Ansicht des Gerichts wirklich nichtig, so müßte in ersterem Falle der Antrag auf Versäumnisurteil abgewiesen und im zweiten Falle, wo die betr. Thatsache nicht „verwertet“ ist, zugelassen werden. Jedoch ist mir selbst diese Auffassung nicht unbedenklich; jedenfalls dürfte aber die Ansicht Wachs (Vorträge S. 45) nicht zutreffend sein, wenn er sagt: „Liegen Einredethatsachen unbestritten im Streitmateriale, die ipso jure den Klaganspruch ergreifen, die mit andern Worten rechtshindernd oder rechtsvernichtend wirken, so sind sie — beachtlich.“ Das heißt: doch erst, wenn der Richter sie „verwertet“ sieht oder unter solchen Umständen Veranlassung nimmt, die Partei zu fragen, ob sie dieselben verwerten wolle, und dies dann geschieht. Hinterrücks darf er es niemals; parteiseitige „Verwertung“ ist unerläßliche Voraussetzung. Diese Art der „Annahme“ ist durch C. P. O. §. 261 Abs. 2 nicht abgeschafft.

Digitized by Google

Erholung und Wandelung S. 134 und Das Versprechen als Verpflichtungsgrund § 5) ist nach einer Bemerkung bei Heise und Cropp (Abhandlungen I S. 119), die sie gelegentlich der Erörterung der Beweiskraft einer Urkunde gegen den Vorlegenden machen, auch dem gemeinen Rechte schon bekannt: „das leitende Prinzip —, daß es niemandem zu gestatten sei, Dinge, die mit eigenen früheren Handlungen und Anträgen in Widerspruch stehen, zu verlangen oder geltend zu machen." Dies hat auch das Reichsgericht (a. a. O. I S. 443) fürs jetzige Recht mit den Worten gebilligt: „Kläger [hat] jedenfalls keinen Grund zur Beschwerde, wenn der Richter seine Behauptungen zunächst als wahr annimmt, da er doch seine eigenen Behauptungen gegen sich gelten lassen muß."

Daß schon die unbestritten bleibende „Behauptung" der Partei für Richter und Parteien maßgeblich ist, wird als eine scharfgezogene Folgerung aus dem Selbstbestimmungsrecht und der Selbstverantwortlichkeit der letzteren anerkannt werden müssen. Auch wird dies nach dem im § 3 Vorausgeschickten nicht gerade auffällig erscheinen. Man bedarf eben für diese Wirkung der Behauptung nicht noch der Heranziehung der Bejahung derselben durch den Gegner, d. h. eines ausdrücklichen Geständnisses, eines Zugebens, weil die Behauptung sich ja nicht an ihn, sondern an den Richter wendet und, wenn dieser sie gehört hat, fertig, zu Ende, abgeschlossen ist und damit „bindend" geworden sein muß.

Ich halte diese Auffassung für genauer und dem Bau und Wesen des heutigen Reichscivilprozesses entsprechender, als die gewöhnliche Lehre von den „prozessualischen" oder „gerichtlichen Geständnissen", obwohl sie im praktischen Ergebnisse nur um ein geringes von ihr abweicht (s. u.), und sehe einen weiteren Vorzug derselben in folgenden vier Punkten.

Digitized by Google

Zunächst stellt sie deutlicher dar, daß der Inhalt der Behauptung nicht „etwas der Partei Nachteiliges" zu sein braucht.

Ferner, daß die sog. „Annahme des Geständnisses" nichts weiter als die eben bezeichnete „Verwertung" oder „Aneignung" ist, also so wenig etwas Rechtsgeschäftliches, wie sonst die Parteierklärung.

Sodann, daß der Begriff des „vorwegnehmenden Geständnisses" wegfällt — und damit viel wissenschaftliche Mühsal! — weil eben die selbständige Behauptung dieses selber ist.

Endlich tritt durch sie der Parallelismus zwischen den drei gewöhnlich unterschiedenen Geständnisfällen der C. P. O. in ein volles Licht. —

Selbstredend vermag aber obige Ansicht dem wichtigen Unterschiede zwischen Wissens- und Willensgeständnis bezw. also zwischen Wissens- und Willenserklärung (s. u.) vollkommen gerecht zu werden. — Zu obigem sei noch folgendes gesagt.

Mag man zunächst das „prozessualische Geständnis" als eine Erklärung von Partei zu Partei, als ein Rechtsgeschäft betrachten (Schultze a. a. O. S. 49) oder mit Demelius (a. a. O.) jedenfalls richtiger lediglich als eine an das Gericht sich wendende Erklärung; mag man darin einen „Verzicht auf die Verteidigung durch bloße Verneinung" (Planck a. a. O. S. 317; Wetzell, System des Civilprozesses II. Aufl. S. 149) oder eine „Disposition, die den Richter bindet, die zugestandene Thatsache unbekümmert um ihre Wahrheit dem Urteile zu Grunde zu legen" (Demelius a. a. O. S. 397) finden, — immer wird sich, dem Sprachgefühle entsprechend, die unrichtige Anschauung wieder einschleichen, daß das Zugeben von etwas Nachteiligem oder doch wenigstens lieber Geheimgehaltenem zum Begriffe gehöre. Bethmann-Hollweg, Versuche S. 257: „Geständnis — nennen

Digitized by Google

wir alles, was eine Partei zu ihrem Nachteile aussagt," und S. 312: „eine Behauptung — die einen rechtlichen Nachteil in dieser Sache für den Gestehenden zur Folge hat." Wach, Arch. f. d. c. Pr. LXIV S. 216: „Das Geständnis ist eine dem Gestehenden nachteilige eigene Erklärung." Selbst bei Planck (a. a. O. S. 346) findet sich einmal in diesem Zusammenhange der Ausdruck „nachteiliger Umstand"[1]). Einen solchen aber als notwendigen Inhalt einer bindenden Parteierklärung bezw. eines Geständnisses zu erachten, ist deshalb unzutreffend, weil eine richterliche Prüfung, ob ein solches im Verhältnis zum ursprünglichen Sachverhalte — und darauf könnte und müßte es doch allein ankommen — etwas Nachteiliges für die betr. Partei enthält oder nicht, nicht möglich ist. Denn dieser ursprüngliche Sachverhalt entzieht sich ja gerade in einem solchen Falle infolge Wegfalles etwaiger Beweiserhebungen darüber dem Auge des Richters. Und wo er mit dem „Geständnisse" übereinstimmte, kann man doch nicht wohl sagen, daß die gestehende Partei, wenn sie ihre eigenen Verfügungen und Handlungen zugiebt, etwas Nachteiliges gestehe, — beispielsweise ein Ehemann, daß er mit der Klägerin, die ihn auf Unterhaltsgelder belangt, verheiratet sei. Man darf vielmehr „sagen, daß in der

---

[1]) Hiergegen wendet sich auch, wenngleich mit anderer Begründung, von Canstein bei Busch, Zeitschr. I S. 260 und von Sarwey, Kommentar zur C. P. O. I S. 400. S. auch Schauberg, Vergleichung des Geständnisses im Kriminal- und Civilprozeß S. 17 ff., S. 48. Heyßler bei Grünhut a. a. O. XIII S. 18[1]: „Zu dem gerichtlichen Geständnisse wird auch gerechnet das (originäre) Vorbringen einer gegen die vorbringende Partei wirksamen thatsächlichen Angabe. Dies ist jedoch nur eine verkürzte Figur des — gerichtlichen Geständnisses." Heffter-Weber a. a. O. S. 33, auch Abegg a. a. O. S. 101: „Einräumung eines dem Aussagenden unter den gegebenen Voraussetzungen nachteiligen Umstandes." L. v. Jagemann im Rechtslexikon IV S. 778.

Digitized by Google

Mehrzahl der praktisch vorkommenden Fälle die confessio in nichts anderem besteht, als daß jemand einfach der Wahrheit die Ehre giebt". (Wendt, Arch. f. d. c. Pr. LXIII S. 298.) Es ist deshalb durchaus richtig und wird vortrefflich durch einen Fall in den Reichsgerichtsentscheidungen (a. a. O. X S. 423) beleuchtet, wenn Wach (Vorträge S. 36) meint: „Erst wenn die ungünstigere Selbstaussage durch eine günstigere ersetzt werden soll, tritt vielfach die Geständnisqualität zu Tage." Der Richter vermag eine solche in vielen Fällen gar nicht zu unterscheiden; es muß deshalb sozusagen dem Instinkte der Parteien selbst überlassen bleiben, welche Behauptungen des Gegners sie für sich „verwerten" wollen oder nicht.

Ferner wird dadurch die so viel umstrittene Lehre von der „Annahme" des Geständnisses außerordentlich vereinfacht. Letztere verursacht bekanntlich trotz C. P. O. §. 261 Abs. 2, insbesondere beim „vorwegnehmenden Geständnisse", manche Schwierigkeiten. Während im übrigen auf das in Anm. 1 S. 46 Gesagte verwiesen werden darf, genügt es hier zu wiederholen, daß dann auch die ganze „verkürzte Figur" des vorwegnehmenden Geständnisses wegfällt. Die herrschende Lehre sieht sich hier m. E. geradezu zu einer Verrenkung des natürlichen Verhältnisses gedrängt. Denn sie muß es als einen im voraus erklärten Verzicht auf Verneinung einer vom Gegner erwarteten thatsächlichen Aufstellung bestimmen[1]). Dies will mir außerordentlich

---

[1]) Planck a. a. O. S. 252 und 322. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 302 Anm. 120a: „Hat der Gegner die eingeräumte Thatsache früher nicht behauptet, so könnte es scheinen, als sei dann die Acceptation des Geständnisses notwendig. Allein dies ist nicht der Fall, — die Annahme des Geständnisses kann vorausgesetzt werden"; es kann aber auch „zurückgewiesen" werden. Vergl. auch noch Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht II S. 767 und Herzog im Magazin f. deutsches Recht III. Band S. 328—330.

Digitized by Google

gezwungen oder doch gekünstelt erscheinen. Der Gestehende z. B. ein Testamentskläger (Beispiel in Anm. 1 S. 46) erwartet vielleicht gar nicht, daß der Gegner auf die Behauptung, das Testament sei nichtig, greife; oder er weiß bestimmt, daß dies nicht geschehen werde; und letzterem ist es vielleicht gar nicht in den Sinn gekommen, sich auf die etwa vom anderen Teile erwähnte Verjährung des Klaganspruches zu berufen, weil er sehr wohl weiß, daß solche unterbrochen ist. Wie kann hier von einem Verzichte auf verneinende Verteidigung gegen etwas gar nicht Behauptetes gesprochen werden?! Auch lehrt Planck, daß der Behauptende, wenn der Gegner dessen Behauptung aufgreife, „verwerten" wolle, noch das Recht habe, dieselbe zurückzuziehen, da es „zweifelhaft [sei], ob der Behauptende auch dann dabei zu beharren gedenkt, wenn sie gegen ihn verwertet und dadurch zum gerichtlichen Geständnisse gestempelt werden soll". Daß die Partei unter solchen Umständen noch um gütige Bewilligung gefragt werden müsse, ist mir um so weniger einleuchtend, als gerade bei Planck selbst die eigentliche Kraft und Bedeutung der Parteibehauptung an sich (a. a. O. S. 248, 251, 252, 293, 295, 298, 324, 329, 350) so deutlich hervortritt. — Hier liegt dann übrigens auch der oben schon als ziemlich unwichtig bezeichnete Unterschied beider Auffassungen für die praktische Handhabung. Nach Planck (a. a. O. S. 253[21] und 298) und Demelius (a. a. O. S. 370[1], 35[2], 386, 390, 395) kann das solchergestalt zurückgezogene Geständnis nur noch als Selbstzeugnis, als „Wissensgeständnis" nach freier Würdigung vom Richter berücksichtigt werden, während es nach der verteidigten Auffassung eine nur gemäß § 263 der C. P. O. widerrufliche Willenserklärung bleibt; doch das wird eben thatsächlich häufig auf dasselbe herauskommen.

Sodann lassen sich auch die drei verschiedenen, innerlich aber

Digitized by Google

gleichgearteten Geständnisfälle der C. P. O. in erwünschter Weise in Parallele stellen; es kommt überall nur auf das Unbestrittenbleiben der Parteibehauptungen an, nämlich

bei der ausdrücklichen Erklärung des Unbestrittenlassens (§ 261 der C. P. O.) — Widerruf § 263, hierdurch allerdings besonders von den beiden übrigen qualifiziert;

bei dem Nichtbestreiten im Falle mündlicher Verhandlung (§. 129, Abs. 2 in Verbindung mit §. 208 und 299) — nachträgliches Bestreiten arg. § 209 Abs. 2, § 251 und 493;

bei dem Nichtbestreiten im Falle der Nichtverhandlung (§ 296 und 298) — Aufhebung durch Einspruch § 303 und 307[1]).

In der That läßt sich der zweite Fall, bei dem man häufig mit der „Fiktion" des Zugeständnisses d. h. eines willentlichen Zugebens auszukommen sucht, besser entsprechend dem dritten Fall erklären. Es kommt in beiden auf den Willen, auf die Absicht der Partei, die als Wille zu bestreiten dem Gerichte sogar aus früheren Verhandlungsterminen oder schriftlichen Eingaben amtlich bekannt sein kann, gar nichts an; wer die Verneinung, zu der ihm genügend Gelegenheit[2]) gegeben ist, nicht zu der prozeßordnungsmäßigen Zeit vorbringt — mag er im übrigen verhandeln oder überhaupt nicht verhandeln — verliert damit die Gelegenheit (nicht das „Recht"), sie überall vorzubringen, wie er privatrechtliche Ansprüche, wenn er sie verjähren

---

[1]) Zu vergleichen sind noch § 217 und 404 (468) der C. P. O. und zu dem Gesagten O. v. Bülow, Arch. f. d. c. Pr. LXII S. 54[47].

[2]) Dieser Grundsatz kann neben dem des wechselseitigen Gehörs voll bestehen. Man vergl. dagegen Plósz a. a. O. S. 132 und Degenkolb a. a. O. S. 26.

Digitized by Google

läßt, also nicht zur rechten Zeit geltend macht, einbüßt. Der Verwirkungsgrundsatz des heutigen Prozesses tritt in beiden Fällen rein in Erscheinung. Es bleibt der Partei die volle Verantwortlichkeit, ob sie ihre Rechtsinteressen auch unberechtigten Angriffen gegenüber rechtzeitig wahren will. Der Staat verlangt, um dem Kläger recht zu geben, nicht mehr in solchem Falle, wie nach der gemeinrechtlichen Gerichtsübung, den Nachweis des erhobenen Anspruchs. Und mit vollem Rechte! (A. A. Bähr, Noch ein Wort S. 19, und Degenkolb a. a. O., dessen Ansicht wohl zu idealistisch ist.) Denn nach dem Grundsatze der Beweislastverteilung würde Kläger doch nur einen Teil der rechtserheblichen Thatsachen darlegen, also jener Nachweis Stückwerk sein und bleiben und überdies der wohlthätigen Hechel einer kontradiktorischen Besprechung entbehren. Das allerdings sehr scharfe Durchgreifen des Gesetzes, welches sich z. B. auch in den gefährlichen Ersatzzustellungen wieder bemerklich macht[1]), entspricht überdies dem höheren Interesse einer raschen Rechtshülfe — die Zahl der Einspruchsverfahren ist bekanntlich ziemlich niedrig! — und ist im Zeitalter der Eisenbahnen und Fernsprecher gewiß angezeigt. (Miterwogen bei Kohler, Krit. Vierteljahrsschrift XXII S. 367.)

Diese Verwirkung steht, beiläufig bemerkt, zu der (außerprozessualischen) Verjährung in vollkommener Parallele. Innerhalb wie außerhalb des Prozesses wirken diese beiden in gleicher Weise, wie die Parteiverfügung. Nur geht die Entwicklung im Prozesse sozusagen akuter vor sich. An die Thätigkeit der

[1]) Sowie nicht minder in den §§ 321, 329 Abs. 3, 332 Abs. 2, 339, 344 (Kostenvorschuß), 396 Abs. 2 und 398, die lediglich eine vielleicht bessere Feststellung des Sachverhaltes im Interesse der Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens abschneiden — ein wichtiger Umstand für die Beantwortung der Frage, ob das Civilprozeßverfahren unbedingt auf Erzielung „materieller Wahrheit" bedacht sei.

Digitized by Google

Parteien werden größere Anforderungen gestellt und in ihre Handlungen mehr Rechtswirksamkeit hineingelegt (worauf Klein a. a. O. mit Recht aufmerksam macht). Das ausdrückliche Zugeben wirkt beispielsweise nach § 263 der C. P. O. ähnlich einem Anerkennungsvertrage. Wer im Rechtsleben einseitig ein Recht anspricht, pflegt es mangels Widerspruchs des Gegners doch noch nicht zu erwerben oder wenigstens erst nach Ablauf gewisser Zeiträume unter der Form der Ersitzung. Wer sein Recht nicht ausübt, verliert es erst durch Verjährung. Im Prozesse heißt es aber, alsbald seine Rechte wahren; das „Verschweigen“[1]) wirkt hier sofort nach Art einer „momentanea praescriptio“, ohne damit diesen verkehrten Begriff wieder zur Geltung bringen zu wollen (Windscheid, Pandekten VI. Aufl. § 105[6]). Hiermit wird dies eigentümliche Verhältnis denn auch ausdrücklich von Planck (a. a. O. S. 281 und 431) und O. v. Bülow (Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 79[68] und 81) verglichen.

Durch diesen Einblick in die auf die Parteirechte außerhalb wie innerhalb eines Rechtsstreites einwirkenden Kräfte gewinnt man zugleich die Einsicht, daß die Gestaltung des Sachverhaltes im Prozeßverfahren diesen um nichts „formeller“ mache, als er vorher war. Alle Grübeleien, ob etwas „formell“ oder „materiell“ wahr sei, sind überhaupt gänzlich unfruchtbar! —

Endlich fügt sich meine Ansicht auf das leichteste in die wichtige Einteilung der Parteierklärungen in Wissens- und

---

[1]) XVI. Juristentag, Verhandlungen S. 37 (Bardeleben) und Gutachten S. 57 (Eck); Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts §. 68 III Nro. 2: „Wer gegen den Erwerb eines Rechts von seiten eines anderen nicht innerhalb bestimmter Frist — trotz seines Wissens gerichtlichen Widerspruch erhoben hat, kann ihn später nicht mehr erheben.“ Kohler a. a. O. S. 362.

Digitized by Google

Willenserklärungen oder, wie sie die herrschende Lehre entsprechend nennt, Wissens- und Willensgeständnisse [1]).

Damit komme ich auf das eigentlich hier zu Besprechende, die Begrenzung der richterlichen Ermittlungspflicht, zurück.

Jener Unterschied ist aber ganz besonders wichtig. Er vermag, mit richtigem Takte bei der Rechtssprechung durchgeführt, der freien richterlichen Prüfung des Sachverhaltes und damit einem befriedigenderen Ergebnisse der Prozeßführung, als nach dem starren Grundsatze [2]) des § 263 der C. P. O. sonst möglich erscheint, Vorschub zu leisten. Wäre jede Parteibehauptung bezw. jegliches „Geständnis" nach „Verwertung" unbesehens nur gemäß § 263 widerruflich, d. h. der Wirklichkeit nach unwiderruflich, so läge darin ein unleidlicher Formalismus, d. h. ein Festhalten des äußerlich Gleichen bei obwaltendem innern Unterschiede, eine Übertreibung des Grundsatzes der Selbstbestimmung und Selbstverantwortlichkeit der Parteien, ähnlich wie bei dem

---

[1]) Klein a. a. O. S. 107[127] unterscheidet Anträge und Behauptungen thatsächlichen Inhalts und als Übergangsstufe die „prozessualischen Dispositiverklärungen", nämlich „Anspruchsgeständnisse, Submittierungserklärungen, Erklärungen über die Annahme oder Zurückschiebung eines deferierten Eides, gerichtliches Zugeständnis einer vom Gegner behaupteten Thatsache, Einwilligung in die Zurücknahme oder Änderung einer Klage". — Heinze a. a. O. S. 290[1] dagegen verwirft diese Einteilung: „Es „kann unter der Alleinherrschaft des Dispositionsprinzipes [also in unserem Civilprozeß?] ein Unterschied zwischen Vertrags- — und Thatsachengeständnis, wie ihn Endemann aufstellt, nicht gedacht werden. Unser Prozeß ist eine mehr oder weniger ausgedehnte Verhandlung — zwischen den Parteien, in welcher es keiner Partei rechtlich möglich ist, einmal als Partei — dann wieder als bloßes passives Mittel für Ergründung der Thatsachen zu fungieren. Die letztere Thätigkeit enthält ein Aufgeben der Parteirolle, welche wenigstens für den Aufbau des gemeinrechtlichen Prozesses undenkbar ist."

[2]) Wach, Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 251; Kohler, Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 373; Krüger ebenda S. 422; Planck a. a. O. S. 329[37]; Demelius a. a. O. S. 358, 399.

Digitized by Google

mechaniſchen Rechte des Parteieides. Dem wird durch die Annahme von bloßen Wiſſenserklärungen(=geſtändniſſen) vorgebeugt.

Deshalb war zu Beginn dieſes Paragraphen auch nur geſagt, daß die richterliche Forſchung „in der Regel“ vor dem Unbeſtrittenen Halt mache: bei den Wiſſenserklärungen iſt das nicht unbedingt der Fall.

Im § 3 war bereits bemerkt, daß „die Vorträge und Vorlagen [der Parteien infolge der „Verhandlungsmaxime“] in der rechtlichen Bedeutung von Willenserklärungen — erſcheinen, vermöge deren ſie über den Streitgegenſtand disponieren“. Gegenüber der natürlichen Anſchauung, welche geneigt ſein wird, in dieſen Vorträgen nur eine abſichtsloſe Erzählung des urſprünglichen Sachverhaltes zu erblicken, mag zur Erläuterung noch darauf hingewieſen ſein, daß man ſich den Gedankengang der Parteien etwa ſo vergegenwärtigen kann: ich, Kläger, will, daß a und b und c, einerlei ob ſie mit dem urſprünglichen Sachverhalte ſtimmen oder nur nach meiner Anſicht ſtimmen oder überhaupt nicht ſtimmen, vom Gerichte zur Grundlage ſeiner Entſcheidung gemacht werden; ich will unternehmen, das Vorhandenſein von a und b und c nachzuweiſen und meine Behauptungen dem Gegner gegenüber durchzudrücken. Daß eine Willenserklärung bei abſichtlicher Entſtellung des urſprünglichen Sachverhalts vorliegt, iſt nicht zu verkennen, z. B. wenn Kläger dem eigentlichen Thatbeſtande einer Bürgſchaft die Behauptung, ſie ſei eine ſelbſtſchuldneriſche, hinzuſetzt: er will dann, daß dies ein Thatbeſtandselement werde, und bringt damit durch, wenn Gegner ſich nicht wehrt.

Der Laie wird geneigter ſein, nur Wiſſenserklärungen anzunehmen; der ſtrenge Juriſt dagegen Willenserklärungen.

Planck (a. a. O. S. 317 und 329[27]) lehrt nun bei der Beſprechung des engeren Begriffes des „Geſtändniſſes“ folgendes,

Digitized by Google

und das kann meines Erachtens auf den umfassenderen Begriff der Parteierklärung einfach übertragen werden. (A. A. als Planck sind Struckmann-Koch, Kommentar S. 304.)

Was „Geständnis" im Sinne des § 261 der C. P. O. sei, werde im Gesetze selbst nicht bestimmt. Man müsse mit dessen Motiven deshalb zum Zwecke solcher Feststellung auf die bisherige gemeinrechtliche Lehre zurückgreifen und darnach, wenn auch ohne unmittelbaren Anhalt im Gesetze [abgesehen vom § 81 der C. P. O. — s. u.], so doch nicht minder richtig, ein „Willens"- und ein „Wissensgeständnis" unterscheiden. Ersteres sei die Willenserklärung einer Partei, von der Verteidigung durch bloße Verneinung einer vom Gegner aufgestellten oder zu erwartenden Behauptung keinen Gebrauch machen zu wollen; letzteres ein Selbstzeugnis, eine Auskunftserteilung über einen für den Sachverhalt möglicherweise erheblichen Umstand.

Hierauf fußend hat man folgendes weiter ins Auge zu fassen.

Die Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Parteien ist dem Wesen der Sache nach nur da möglich, wo in ihren Erklärungen ein bestimmender Wille zu Tage tritt: Das Willensgeständnis bezw. genauer, nach obiger Ansicht, die Willensbehauptung im Prozesse ist also in der That für den Richter unantastbar und bildet die für ihn unverrückbare thatsächliche Grundlage seiner Urteilsfindung — mag sie auch eine Behauptung enthalten, die vom ursprünglichen Thatbestande halb oder ganz abweicht. Die Kontrolle darüber bleibt allein dem Gegner [1]).

---

[1]) Faßte man das Geständnis als ein Rechtsgeschäft unter den Parteien auf, so wäre allerdings seine Wirkung gleich einem Anerkennungsvertrage, auf dessen Ähnlichkeit oben schon hingedeutet ist, und wäre die kondiktionsähnliche Gestaltung des Widerrufes leicht zu verstehen. Mög-

Digitized by Google

Wo aber in den Behauptungen der Parteien kein solcher Wille enthalten ist, wo sie nur Meinungsäußerungen, Selbstzeugnisse, Mitteilungen über den ursprünglichen Sachverhalt sind, da kann der richterlichen Forschung durch sie keine Beschränkung vom Gesichtspunkte des Selbstbestimmungsrechts der Parteien erwachsen. Sie unterliegen dann als Teil der Verhandlungen selbstverständlich der freien Würdigung nach § 259 der C. P. O.; und wenn der Richter auch, wie bemerkt, nach dem „habeat sibi“ der Verhandlungsmaxime die Richtigkeit der Be-

---

licherweise ist auch der Gesetzgeber zu der schroffen Vorschrift des § 263 der C. P. O. von diesem Gesichtspunkte aus gelangt. Bei der hier vertretenen Auffassung jedoch ist es — worauf Demelius (a. a. O.) unter Hinblick auf andere Gesetzgebungen, insbesondere die österreichische, mit Recht aufmerksam macht — begrifflich nicht geboten, vielmehr als eine Überspannung der Verhandlungsmaxime anzusehen, daß diese an den Richter gerichtete Willenserklärung nur unter solch erschwerten Bedingungen widerruflich sein soll. Man würde sagen können: wenn es der Partei gelingt, den Richter davon zu überzeugen, ihre Erklärung enthalte etwas thatsächlich Unrichtiges oder sei durch einen Irrtum veranlaßt (§ 263 fordert bekanntlich beides!), so müsse das genügen, um sie ungeschehen zu machen.

Allein die „lex scripta“ läßt sich doch unter Zugrundelegung auch dieser Ansicht insofern verteidigen, als sie die Partei zum Vorteile des Gegners, in dessen Interesse ja die thatsächlichen Ermittlungen und Feststellungen erfolgen (s. das bei S. 14 oben Erörterte), zur äußersten Anspannung ihrer Aufmerksamkeit zwingen will, vornehmlich da, wo sie sich mit gegnerischen Aufstellungen ausdrücklich einverstanden erklärte, und deshalb an solchen Willenserklärungen sozusagen doppelt festhält. Andererseits birgt dies aber den unverkennbaren Nachteil in sich, daß die Parteien aus Scheu vor der Gefährlichkeit der Geständnisse nun um so zurückhaltender mit diesen werden! —

Für den Richter hat dies verhältnismäßig nur eine nebensächliche Bedeutung und konnte deshalb auch in einer Anmerkung besprochen werden. Das Wichtigere war, festzustellen, wann eine Partei-Willenserklärung für ihn maßgeblich ist; die selten erfüllbaren Voraussetzungen, unter denen die Partei selbst sie wieder beseitigen kann, sind klar im Gesetze ausgesprochen und deshalb für diese Auseinandersetzung unerheblicher.

Digitized by Google

hauptungen auf sich beruhen lassen kann, so steht es ihm doch frei, soweit nötig, hinter ihnen den wahren Sachverhalt aufzudecken.

Ob Wissens-, ob Willensgeständnis, läßt sich nur von Fall zu Fall bestimmen. Doch wird man im allgemeinen sagen dürfen, daß Behauptungen über rechtswirkende Thatsachen regelmäßig Willensgeständnisse sein werden, wobei beiläufig bemerkt sein mag, daß die Eideszuschiebung, wie man teilweise lehrt, nicht etwa ein bedingtes Geständnis ist (s. u.). Ein Wissensgeständnis wird man dagegen der Regel nach in den Mitteilungen über begleitende Umstände u. s. w. zu finden haben. Durchaus verkehrt wäre es aber, bei Antworten der Parteien auf richterliche Fragen immer nur Wissensgeständnisse anzunehmen; es ist nicht abzusehen (vergl. Demelius, die Konfessio S. 393), weshalb sie nicht auch dann Willenserklärungen abgeben sollten, und von den Fragen in die Enge getrieben ausrufen: „Nun, dann will ich es zugeben!" So sagt auch das Reichsgericht (a. a. O. X S. 424): „Die Vernehmung der geladenen — Partei, ihre Antworten auf die ihr vorgelegten Fragen, ihre Sachdarstellung haben nicht bloß eine Bedeutung für den Beweis, sondern auch insofern, als sich daraus ergiebt, was die Partei selbst für wahr ansieht, was sie in dem Prozesse zur Begründung ihrer Anträge behaupten will."

Hauptbeispiele der Wissenserklärungen — zu denen, nebenbei gesagt, die Praxis oft gar nicht sich zu stellen weiß! — sind alle Erklärungen solcher Parteien, die nicht prozeßhandlungsfähig sind, also keine Willenserklärungen abgeben, keine Verfügungen treffen können, wie Minderjährige und Gemeinschuldner; ferner Erklärungen eines Streitgenossen in Beziehung zu seinem Nebenmanne. Die Motive zur C. P. O. (S. 83) sagen: „Bei der Beurteilung der Frage —, ob [eine] — bestrittene Thatsache als

Digitized by Google

bewiesen anzunehmen sei, [muß] es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen —, welches Gewicht auf das Geständnis einzelner Streitgenossen zu legen ist." Wenn Demelius (a. a. O. S. 5[2] und S. 391) Plancks Ansicht (a. a. O. S. 318, 350, 355), im gegebenen Falle könne ein Geständnis sowohl Willens-, wie Wissenserklärung sein, bestreitet, so wird er an das Ebenerwähnte nicht gedacht haben.

Um übrigens schließlich das Verhältnis zwischen den beiden Arten der Parteierklärung noch klarer zu machen, soll hier folgendes aus Plancks Lehrbuch S. 356 wörtlich mitgeteilt werden: „Die Partei selbst ist an ihre — Wissenserklärung in keiner Weise — gebunden: sie kann sie jederzeit widerrufen. Nur bleibt freilich dem Richter zu erwägen überlassen, was er ihr zu glauben hat: die frühere oder die spätere Erklärung oder keine von beiden. Zweifellos kann ferner die Partei den Gegenbeweis der Unwahrheit ihres Geständnisses führen, ohne sich dazu erst den Weg durch Nachweis eines entschuldbaren Irrtums [wie nach § 263 der C. P. O.!] freimachen zu müssen. Immerhin wird sie gut thun, um den Beweiswert des Geständnisses sicher zu zerstören, dem Richter zugleich zu zeigen, wie sie zu der unrichtigen Äußerung gekommen sei, aus Irrtum, Scherz. — Der Führung eines Gegenbeweises bedarf es nicht, wenn der Inhalt der Erklärung bereits die Unwahrheit des Erklärten ergiebt. Geständnisse über thatsächlich oder rechtlich Unmögliches [auch entgegen gerichtskundigen Thatsachen] sind daher als Wissenserklärungen von vornherein wertlos."

Dagegen wird richtiger Ansicht nach[1]) das Zugeben unmög-

[1]) Zu vergleichen sind hier Sintenis a. a. O. I S. 505, 525; Gönner a. a. O. I S. 264; Birkmeyer a. a. O. S. 188; Wach, Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 253; von Bar a. a. O. S. 36; Seuffert, Kommentar zur C. P. O. Bemerkung 7 zu § 261 und 2 zu § 264;

Digitized by Google

licher Thatsachen als Willensgeständnis, wenn jenen nur nicht die rechtliche Schlüssigkeit abgeht, für rechtswirksam zu halten sein: eine Klage auf den „Kaufpreis eines Einhorns" (Sintenis) kann vom Beklagten ihren rechtsbegründenden Thatsachen nach zugestanden werden; auch kann der Beklagte, wenn er versprochen hat, dem Gegner 1000 M. zu zahlen, „sobald dieser die Alpen überspränge", die Behauptung, daß dies geschehen, „bindend" zugestehen. Alles, was dem Richter in solchem Falle übrig bleibt, ist dann nur, die Parteien auf das Unsinnige ihres Vorbringens aufmerksam zu machen; beharren sie dabei, so ist es klar, daß sie andere Zwecke mit diesem Prozesse verfolgen, die ihnen überlassen bleiben müssen. Auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes käme es nur an, wenn etwas Unmögliches selbst versprochen wäre. — Die Folge für das Versäumnisverfahren ist allerdings ziemlich unleidlich, praktisch aber, wie überhaupt solche Sonderbarkeit, wohl ungefährlich.

Ebenso steht es mit den „gerichtskundigen Thatsachen" (C. P. O. § 264), zu denen ja das eben besprochene allgemeine Unmögliche gehört, im Gegensatze zu der im einzelnen Falle unmöglichen Thatsache (alibi!). Jene sind amtlich bekannte Bestandteile des ursprünglichen Sachverhaltes und deshalb über das Bestreiten einer Partei zweifellos erhaben. Erkennt man aber die gemeinsame Verfügung der Parteien über den Thatbestand in dem oben entwickelten Sinne an, ihre Befugnisse, an Stelle der ursprünglichen Sachverhalts-Bestandteile im Prozesse dem Richter andere zur Entscheidung zu unterbreiten, so ist es augenfällig, daß dies „Geständnis die Notorietät überwindet". — Gemildert wird dieser auffällig schroffe, übrigens auch hier wieder

---

Demelius a. a. O. S. 406 und 407; von Canstein bei Busch, Zeitschr. II S. 309 und I S. 257; Planck a. a. O. S. 332; Struckmann-Koch, Kommentar S. 304.

Digitized by Google

gerade dem Parteibelieben weichende Satz (vergl. Anm. 1 S. 42) in der Rechtsanwendung dadurch, daß der Richter in solchen Fällen besonders geneigt sein wird, ein (irriges) Wissensgeständnis anzunehmen, und unter Hinweis auf die Gerichtskundigkeit die Zurücknahme desselben veranlassen kann. Die gegenteilige Ansicht, z. B. bei Planck (a. a. O. S. 333, 447) erscheint mir nicht folgerichtig.

Zu erwähnen ist aber schließlich noch, daß die C. P. O. die Erschwerung des Widerrufs nach § 263 der Partei selbst gegenüber nicht völlig durchführt, sondern in ihrem § 81 gewissermaßen selbst aus der Rolle fällt, indem sie bestimmt, daß „Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen", wenn sie von dem sonst zu Prozeßverfügungen voll berufenen Bevollmächtigten abgegeben werden, von der „miterschienenen Partei sofort [frei] widerrufen" werden können, wozu dann nochmals die Entscheidung des Reichsgerichts (a. a. O. Bd. X S. 424) angezogen sein mag. Das ist, nebenbei bemerkt, eine genaue Wiederholung altdeutschen Rechtes: Siegel, Erholung und Wandelung S. 9.

§ 8.

Fortsetzung. — Ermittlung bei unbestrittenem Sachverhalt.

Lediglich zur Vermeidung von Irrtümern soll hier noch einmal auf das bereits § 2 Erwähnte zurückgegriffen werden.

Dort war gesagt, daß die richterliche Ermittlungsthätigkeit auch darauf ginge, aufzudecken und klarzustellen, was die Parteien vorbringen wollen, also auf Beseitigung von Dunkelheiten und Widersprüchen in ihren Vorträgen hinzuwirken. Sie bezieht sich dann also auf den unbestrittenen Sachverhalt; und hiernach könnte

Digitized by Google

aus dem im § 7 Entwickelten die falsche Folge gezogen werden, daß sie ohne Antrag oder Anstoß der Parteien unzulässig wäre. Das ist selbstredend irrig; gerade auch hier hat die richterliche Amtspflicht mit besonderer Wucht einzusetzen; auch dadurch wird sie zu nicht unerheblichen Ergebnissen, zu wesentlicher Vereinfachung der Prozeßlage gelangen. Bähr macht gelegentlich die Bemerkung (Jahrb. für Dogmatik XXV S. 395), daß die Parteien sehr häufig weniger über die Thatsachen an sich, als über deren Bedeutung und Folgen uneins sind, z. B. ob ein Vertrag zwischen ihnen auf Grund von Hin- und Hersprechen, das sie in Abrede zu nehmen gar nicht geneigt sind, zu stande gekommen sei. Je zutreffender diese Beobachtung ist, um so wichtiger wird sich die Ermittlung dieser unbestrittenen Einzelheiten darstellen. Gerade auch durch die Aufdeckung der Nebenumstände ist so manchmal eine „erschöpfende Verhandlung" überhaupt erst zu erreichen und die dem Richter so dringend nötige klare Vergegenwärtigung[1]) der gesamten Sachlage zu gewinnen. Deshalb findet hier auch die amtliche Augenscheinseinnahme ein ergiebiges Wirkungsfeld, um das Verfahren nicht mit einem „unrichtigen, ja vielleicht unausführbaren Urteile" enden zu lassen. (Heusler, Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 260.) Mir selbst ist z. B. ein praktischer Fall bekannt, wo ein früher richterlich aufgenommener Vergleich der Parteien über ihre Grenzen bei späteren Streitigkeiten und gelegentlich der dann erst vorgenommenen Augenscheinseinnahme sich als völlig unbrauchbar erwies! — Vor allem dient diese Ermittlung zur Umschiffung der im Verfahren so ge-

---

[1]) John Copley, nachmals Lord Lyndhorst, glaubte 1816, um seines Auftraggebers, Heathcoats, Erfinderrechte als Anwalt genügend dem Gerichte darlegen zu können, sich so sehr in das Thatsächliche vertiefen zu müssen, daß er Lehrling am Spitzenwebstuhl wurde und so lange arbeitete, bis er den Gang der betr. Maschine gründlich kannte.

Digitized by Google

fährlichen Klippe, daß Richter und Parteien sich mißverstehen und durch solch ärgerliche Zwischenfälle vielleicht das klarste Unrecht obsiegt.

§ 9.

b. Die Verteilung der Beweislast.

Eine zweite wichtige Schranke richterlicher Mitwirkungspflicht ist durch den Grundsatz, die „Last des Beweises" unter den Parteien zu verteilen, in unserem Prozesse aufgerichtet[1]). Er ist ein ganz besonderer Stein des Anstoßes für die falschen Freiheitsapostel, welche meinen, im Civilprozesse müsse zum Vorteile der Parteien unbedingt die „materielle Wahrheit", d. h. der ursprüngliche Sachverhalt, Grundlage des Urteils werden. In Wahrheit ist aber diese Beweislastverteilung, obwohl ganz besonders geeignet, dem richterlichen Auge den ursprünglichen Sachverhalt mit seinen etwaigen Lücken und Mängeln zu entziehen, wenn das auch nur infolge absichtlichen Verschweigens oder infolge von Verwirkung geschehen kann, gerade zu freiheitlicherer Bewegung der Parteien und in deren wohlverstandenem Interesse aufgestellt; eine sehr praktische Maßnahme für die wirkliche Sicherung der Rechtsgüter.

Nach diesem Grundsatze[2]) soll der Richter nicht etwa den

---

[1]) Ude bei Busch, Zeitschr. VI S. 432 unterschätzt m. E. ihre Bedeutung; von Bähr, Rechtsmittel zweiter Instanz S. 71 und in Iherings Jahrbüchern XXV S. 398 ist sie dagegen in ein sehr helles Licht gesetzt. — Glaser a. a. O. S. 422, 428 und die Auszüge aus diesen beiden Aufsätzen in § 13 hier.

[2]) Vergl. Planck a. a. O. S. 406; Heyßler a. a. O. S. 26; Unger a. a. O. § 129 III. Die Behauptung von Bars a. a. O. S. 28 und 40 und Lippmanns, Über den normierten Eid S. 14, daß solcher Grundsatz in einem Prozeßverfahren mit freier Beweiswürdigung fehle, ist sicher unrichtig und wird, wie mir scheint, von Bar (Holtzen-

Digitized by Google

Gesamtthatbestand zu untersuchen haben; er soll nicht von jeder Partei Mitteilung und Nachweis des ganzen Thatbestandes verlangen — etwa, daß Kläger auch (Briegleb, Summarische Prozesse S. 180; von Bar a. a. O. S. 22) die Handlungsfähigkeit des Gegners oder seine eigene Nichtbefriedigung durch denselben nachweisen müßte. Vielmehr liegt jeder Partei nur ob, einen bestimmten Teil des Sachverhalts dem Gerichte vorzutragen und zu beweisen.

Die Rechtsordnung kommt mit dieser rein prozessualischen Maßregel[1]) nur einem natürlichen Hange der Menschen

---

dorffs Encyklopädie S. 767 und 760) auch selbst nicht mehr aufrecht erhalten. Siehe darüber u. a. auch noch O. von Bülow, Prozeßvoraussetzungen S. 301. Einen Anschein von Richtigkeit gewinnt jene Ansicht nur durch die völlige Freiheit des Richters beim richterlichen Eide (Motive S. 287 oben) und dadurch, daß der Richter nach § 137 der C. P. O. zunächst auch nur den Gegenbeweis erheben kann, was dann, wo der Eid als Hauptbeweismittel gebraucht wird, nach § 418 geschehen muß. Vrgl. § 412.

[1]) S. Wach, Handbuch des Civilprozesses S. 125 und bei Grünhut, Zeitschr. VII S. 145; Wendt, Arch. f. d. civ. Pr. LXIII S. 289. — Die Teilung des einzelnen rechtlichen Thatbestandes hat dann von jenem prozessualischen Gesichtspunkte aus der Besonderheit des ersteren zu entsprechen, so daß dadurch die Sache den Anschein gewinnen kann, als handle es sich um Eigentümlichkeiten des Privatrechts. Daß dem nicht so ist, zeigt z. B. die Verweisung der doch gewiß ganz wesentlich „rechtserzeugenden" Thatsache der Handlungsfähigkeit der Vertragschließenden in die Reihe der „rechtsvernichtenden" Umstände — lediglich aus dem Grunde, weil der an sich vom Kläger zu verlangende Nachweis, daß er es mit einem Verfügungsfähigen zu thun gehabt habe, in den allermeisten Fällen ersichtlicherweise völlig überflüssig ist. Deshalb sind eben die sog. „allgemeinen Rechtsvoraussetzungen" zu negativen Elementen gestempelt; nicht aus inneren, eigenen Gründen, die vielmehr das Gegenteil bewirken würden, sondern aus prozessualischen Zweckmäßigkeitserwägungen. — Dies gilt auch von den rechtsaufhebenden Thatsachen, da man logischerweise vom Kläger, der ein Recht als ihm jetzt zuständig beansprucht, verlangen müßte, daß er nicht bloß dessen früheres Entstehen, sondern auch sein jetziges Fortbestehen erwiese. Nur bei den

Digitized by Google

entgegen, immer nur die ihnen günstigen Thatumstände eines Rechtsfalles mitzuteilen; jeder praktische Jurist weiß, daß man von einer Partei wirklich selten mehr als einen halben Thatbestand erfährt, so daß es außerordentlich bezeichnend ist, wenn es im altdeutschen Recht heißt, der Richter solle „zwischen beider Parteien Rede" das Urteil finden (Planck a. a. O. S. 249 und dazu Stölzels Aufsatz „Privatrecht und Prozeß" im Magazin für deutsches Recht IV).

Und weiter beschafft es damit, wie bereits angedeutet, eine wesentliche Erleichterung der Rechtsverfolgung (Briegleb a. a. O. S. 202, 180; O. v. Bülow a. a. O. S. 9; Burckhardt a. a. O. S. 151, 153). Es wird ja nur verlangt, daß der „Angreifer" die sog. rechtserzeugenden, der „Angegriffene" dagegen die rechtsvernichtenden, -aufhebenden und -unwirksam machenden Thatsachen vorbringt, um seinen Zweck, Verurteilung oder Abweisung zu erreichen — also immer nur einen Teil aus der Gesamtsumme der rechtswirkenden Umstände.

Dieser Grundsatz ist nur bei Obwalten der Verhandlungsmaxime für den Civilprozeß durchführbar, ist eine besondere Anwendung derselben und steht mit ihr im engsten, übrigens oben bereits angedeuteten Zusammenhange[1]); würde der Sachverhalt von Amts wegen ermittelt, so dürfte der Richter nie bei dem

---

rechtsanfechtenden Thatsachen liegt die Sache dadurch anders, daß es für ihre Geltendmachung eines besonderen Entschlusses des Beklagten bedarf.

Zu vergleichen ist übrigens Reichsgerichtsentscheidung a. a. O. IX S. 339: „Die Frage [?] der Beweislast, welche gleichbedeutend ist mit Behauptungslast, gehört dem materiellen Rechte an." Auch ebenda VII S. 46 und XVIII S. 158; Motive zur C. P. O. S. 201.

[1]) Hierauf scheint mir auch O. von Bülows Bemerkung (Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 92 [71]) abzuzielen. Wenn Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 252 und 319 dies leugnet, so verwechselt er meiner Ansicht nach die Beweispflichtigkeit der Partei an sich und die Verteilung dieser Pflicht unter beide.

Digitized by Google

halben Thatbestande, wie ihn z. B. der Kläger vorbringt, stehen bleiben. Andererseits ist allerdings scharf zu betonen, daß auch bei obwaltender Verhandlungsmaxime, insbesondere bei der grundsätzlichen Selbstverantwortlichkeit der Parteien für die Durchführung ihrer Rechte, das Prozeßrecht dem Angreifer das Vorbringen des ganzen Thatbestandes aufbürden könnte: umgekehrt hätte also diese Maxime die Verteilung der Beweislast nicht zur unumgänglichen Folge. Vom Gesichtspunkte jener Maxime aus besagt also diese Beweislastverteilung: auch *das* ist der Partei anheimgestellt, welchen Teil oder welche Teile des streitigen Sachverhalts sie dem Richter vorführen will. Etwaige Mängel des rechtlichen Thatbestandes, über die *beide* schweigen wollen, sind für den Richter nicht vorhanden.

Beiläufig: daß der Ausdruck *Beweislast*, wie ja allgemein anerkannt wird (vgl. S. 65 Anm. 1 a. E.), unzutreffend statt *Behauptungslast* gebraucht wird, ersieht man am besten in dem Falle, wo Versäumnisurteil erwirkt wird; hier kommt es nur zu Behauptungen. Und wirklich ist auch das Behaupten, d. h. das richtige und vollständige Anführen aller maßgebenden und auch nur begleitenden Umstände, eine *Last*, eine schwierige Aufgabe wie jeder Praktiker, besonders wenn er unbeholfenen Parteien sich gegenüber sieht, bestätigen kann.

§ 10.

2. Bei der Feststellung.

Auf die Ermittlung des Sachverhalts folgt als zweite Aufgabe, soweit noch Streit ist, dessen *Feststellung* durch die gemeinschaftlichen Bemühungen der Parteien („Beweisführungen") und des Richters. Eine ausreichende Ermittlung ist die beste Vorarbeit für letztere und macht sie häufig überflüssig; beide gehen

Digitized by Google

oft ineinander über und lassen sich praktisch nicht immer auseinander halten, wie dies bereits in § 4 bemerkt ist.

Daß die Feststellung des streitig gebliebenen Sachverhalts der „Verhandlungsmaxime" im allgemeinen unterliegt[1]), daß sie also den Parteien zunächst selbst überlassen ist, wurde ebenda bereits hervorgehoben. Doch macht sich die richterliche Mitwirkungspflicht hier noch weit nachdrücklicher geltend, als bei der Ermittlung, aus dem einfachen Grunde, weil hier immer Streit unter den Parteien, also eine Entscheidung und Prüfung durch den Richter unbedingt geboten ist (§ 7). Ich erachte den Richter bei der Feststellung des ursprünglichen Sachverhalts sogar für grundsätzlich selbständig[2]). (S. § 13 a. E.)

---

[1]) Sehr schroff Wach, Vorträge S. 151, 154. — Ein Spiegelbild des richtigen Verhältnisses giebt § 397 Abs. 2 der C. P. O.: können die Parteien sich Urkunden ohne Mitwirkung des Gerichts beschaffen, so braucht das Gericht ein Ersuchungsschreiben nicht zu erlassen. Wie es aber mit solch allgemeinen Grundsätzen, zu denen die Verhandlungsmaxime ganz besonders zählt, so häufig geht, zeigt § 391 dort. Nach Auslegung von Sarweys (Kommentar Anm. 2 dort) und des Reichsgerichts (a. a. O. XVI S. 395) sollen beim sogenannten Editionsverfahren wirklich andere Beweismittel, als der Eid des Gegners, der Partei abgeschnitten sein. Im Grunde ein recht vorschnelles Eingreifen von Amts wegen! Billigt man diese Ansicht, so müßte man doch jedenfalls der Partei auf ihren Wunsch nach § 206 der C. P. O. durch Vertagung Zeit geben, einen ordentlichen Prozeß daraufhin gegen ihren Gegner einzuleiten.

[2]) Man vergl. damit beispielsweise von Wilmowski und Levy, Kommentar zur C. P. O. S. 437: „Auch die Beweisaufnahme unterliegt — der Verhandlungsmaxime; der Richter kann die Parteien zur Angabe von Beweismitteln auffordern, aber nicht selbst dergleichen in den Prozeß einführen. Die Zulässigkeit der Einnahme des Augenscheines und der Vernehmung von Sachverständigen von Amts wegen unterliegt ebenfalls der Verhandlungsmaxime; der Richter kann nicht inquisitorisch neue Augenscheinsobjekte, eine den Parteibehauptungen fremde technische Frage u. s. w. zum Prozeßstoffe machen." — Wach a. a. O. S. 159: Die freie Beweiswürdigung der C. P. O. „ist nicht das Prinzip der materiellen Wahrheit, sie ist nicht die Eliminierung der Verhandlungs-

Digitized by Google

Denn er kann, z. B. auch wenn kein Beweisanerbieten seitens der Partei erfolgt oder mit Beiseitesetzung eines solchen, durch den richterlich auferlegten Eid einen Rechtsstreit erledigen und ist nur in einigen praktisch ziemlich belanglosen Punkten — hauptsächlich beim Zeugenbeweis — in der Ausnutzung prozessualischer Wahrheitserforschungsmittel beschränkt, d. h. an die Anträge der Partei gebunden. Er kann durch Augenschein, Heranziehung von Urkunden (s. u.) und Eidesauflage Nachforschungen anstellen und, soweit er im übrigen Anträge erwarten muß oder ihnen zu entsprechen hat, die Parteien ausdrücklich und nachdrücklich zur Angabe ihrer Beweismittel veranlassen. Die Prüfung des Beweisaufnahmeergebnisses, welches nach § 259 der C. P. O. selbstredend (Planck a. a. O. S. 253) auch gegen die beweisführende Partei ausgenutzt werden darf, und des gesamten Inhaltes der Verhandlungen ist für die Parteiverfügung unantastbar — soweit die Parteien nicht etwa die streitige Behauptung selbst nachträglich außer Streit stellen. Sie haben deshalb (Planck a. a. O. S. 298) nach Vernehmung eines Zeugen keine Befugnis, das Gericht an der Würdigung der Aussage desselben durch Verzicht auf letztere zu hindern. Die Verfügungsberechtigung der Parteien geht im Beweisverfahren nur bis zum

---

maxime für die Beschaffung der Beweise und Etablierung einer Offizialerforschung derselben. — Sie bedeutet die größere Befreiung des Richters von hergebrachten, beengenden, vielfach zu kasuistischen, engherzigen Regeln über Zulässigkeit und Kraft der Beweismittel". — Und damit wiederum Kohler, Kritische Vierteljahrsschr. XXII S. 473: „Der rechtsgeschäftliche Einfluß der Parteithätigkeit reduziert sich daher im Beweisverfahren auf diejenigen Beweismittel, welche — nur auf Antrag erhoben werden dürfen: es ist nicht umgekehrt, als ob die rechtsgeschäftliche Natur der Parteithätigkeit die Verhandlungsmaxime à tout prix diktierte und die Offizialthätigkeit ausschlösse; die Thätigkeit der Parteien ist nur insofern maßgebend, als der Prozeß sich durch ihre Handlungen notwendig binden muß [?]: aber bei weitem nicht in allen Fällen haben die Handlungen und Unterlassungen der Parteien für den Prozeß bindende Kraft."

Digitized by Google

Verzichte auf angebotene, aber noch nicht benutzte Beweismittel: C. P. O. § 364 und 401. Sogar das Wissensgeständnis der Partei bindet den Richter nicht unbedingt.

Allerdings ist aber die sog. freie Beweiswürdigung in einigen Punkten wirklich beschränkt; weit wichtiger jedoch, als diese Beschränkungen, als alle die sog. gesetzlichen Beweisregeln ist der eine in § 284 Nro. 4 der C. P. O. enthaltene Satz, daß das Urteil mit „Entscheidungsgründen" versehen sein müsse — mit Gründen, die die Kritik und Nachprüfung des höheren Gerichts, des Vorgesetzten und der Öffentlichkeit müssen ertragen können. Den Zwang, der darin liegt, wird man um so weniger unterschätzen, als man erkennt, wie wenig es im gewöhnlichen Verkehre auf stichhaltige Gründe ankommt und wie lästig oftmals das unnachsichtige Forschen des Juristen nach „Gründen" von den Leuten empfunden wird. Jene Vorschrift, bis ins einzelne über seine Entschlüsse Rechenschaft zu geben und diese schriftlich niederzulegen, ist eine sehr heilsame Zucht; durch sie wird mehr erreicht, als durch sämtliche Beweisregeln. Die Gründe, die für Laune und Oberflächlichkeit bekanntlich „wie Brombeeren" wachsen, werden dadurch plötzlich spärlich oder lösen sich in nichts auf; die unbewußte Willkür des Laienrichters, der sich die Gründe seiner Entscheidung nicht klar zu machen braucht, ist im wesentlichen dadurch abgeschnitten. —

Wie nun oben bei der Erörterung betreffend die Ermittlung des Sachverhalts, so soll auch hier die Besprechung der oben berührten eigentlichen Beschränkungen der Feststellungsthätigkeit des Richters in den folgenden Paragraphen der Darstellung des Inhaltes der richterlichen Mitwirkungspflicht selbst vorausgeschickt werden.

Diese Mithülfe ist aber besonders deshalb so wichtig, weil der Richter durch eine geschickte Verbindung überzeugender Einzel-

Digitized by Google

heiten, an die die Parteien möglicherweise gar nicht denken, zur Gewißheit über das Vorgebrachte kommen kann. Hier hilft allerdings wesentlich auch schon die Vorschrift des § 130 der C. P. O., daß der Richter Angabe von Beweismitteln über bestimmte Punkte fordern soll. — Ferner ist jene Mitwirkung um so bedeutsamer, als der Schutz der Privatrechte überhaupt mehr auf dem Rechtssinne der Leute und der Drohung des Strafgesetzes als den Abwehrmitteln des Civilprozesses selbst beruht: zu einer eigenen Verteidigung ist das Privatrecht wegen der Schwierigkeiten, seine eigene Daseinsberechtigung nachzuweisen, sehr wenig gerüstet. Jene beiden Umstände sind in Wahrheit das unsichtbare Gehege, das sie schützt. Man kann dies nicht zutreffender darstellen, als Dickens in seinem „Nikolas Nickleby" I 22, wo er beschreibt, wie die Menge der Armen sich vor den glänzenden Schaufenstern der Hauptstadt drängt: „hungry eyes wandered over the profusion guarded by one thin sheet of brittle glass — an iron wall to them!" Daher denn auch die verwunderliche Erschrockenheit der Berechtigten, sobald ihre Rechte dennoch verletzt werden, über deren plötzlich entdeckte Schutzlosigkeit und der alsbaldige Ruf nach — polizeilicher Hülfe! —

Schließlich fragt es sich noch, ob hier etwas Ähnliches, wie es die Beweislastverteilung für die Ermittlung des Sachverhalts ist, mit Wach (Vorträge S. 158) anzunehmen ist, wenn dieser sagt, es würden „keine Belastungs- und Entlastungsbeweise gleichmäßig erhoben". Um hier klar zu sehen, hat man sich zu erinnern, daß der Richter, soweit er Beweismittel nicht heranziehen darf, dies allerdings ebensowenig für den Haupt- als den Gegenbeweis zu thun in der Lage ist; daß er aber, soweit er die Erkenntnisquellen von Amts wegen aufzudecken hat, natürlich die Sachlage, z. B. beim Augenscheine, von allen Seiten zu

Digitized by Google

betrachten hat, so daß dann jener Gegensatz von selbst wegfällt. Und selbst bei den Beweiseinreden, einem Begriffe, den die C. P. O. § 255 und 256 wenigstens dem Worte nach aufrecht erhält (Struckmann-Koch, Kommentar S. 292), verwischt die Amtspflicht unweigerlich (s. o. § 9 a. E.) die Abgrenzung eines dem Beweisführer oder seinem Gegner zufallenden Vorbringens, die Tüchtigkeit des betr. Beweismittels anlangend, wenngleich damit keineswegs geleugnet sein soll, daß beiden in erster Linie selbst anheimgegeben ist, zur Stützung oder Untergrabung der Beweise Dienliches vorzuführen. Denn man hat zu beachten, daß das Gericht die Glaubwürdigkeit des Zeugen nach § 360 Satz 2 (vergl. § 367) von Amts wegen „erforderlichenfalls" festzustellen und die Beweiskraft einer mangelhaften Urkunde (§ 384) von selbst, ohne Anstoß oder Antrag der Parteien, zu prüfen hat.

§ 11.

a. Beschränkung auf die Forschungsmittel der Prozeßordnung und deren Erhebungsform.

Bei Feststellung streitiger Parteibehauptungen, d. h. bei deren Zurückführung auf den ursprünglichen Sachverhalt, oder, anders ausgedrückt, nicht der Behauptungen an sich, sondern „ihres Inhaltes und Objektes" (Heusler a. a. O. LXII S. 217), ist der Richter an die prozeßordnungsmäßig zugelassenen Forschungsmittel und an die für deren Benutzung vorgeschriebenen Formen gebunden. Heusler sagt a. a. O. S. 224: „Soweit es sich um den (historischen) Beweis einer Thatsache handelt, — zeigt sich die Einwirkung des Rechts auf dessen Zustandekommen sehr energisch darin, daß es diese äußeren Mittel von jeher seiner Sanktion unterworfen hat; es bestimmt den äußeren Apparat,

Digitized by Google

der als Beweismittel verwendbar sein soll, und die Voraussetzungen, die dieser Apparat erfüllen muß, um wirksam sein zu können." (Glaser a. a. O. S. 29[7] und 422.)

Die zugelassenen Forschungsmittel werden den Kreis der derzeit nach allgemein menschlicher Auffassung möglichen Mittel umfassen; sich darnach zu bescheiden, wird also nicht schwer fallen. Gottesurteile und Folter sind jetzt weder innerhalb noch außerhalb des Prozesses (Zweikampf!) Überzeugungsmittel. Auch wird wohl so leicht kein Richter es als Beschränkung empfinden oder als einen Verstoß gegen das „Naturrecht", daß er eine unglaubwürdige Partei oder einen lügnerischen Zeugen nicht einsperren oder hungern lassen darf, bis sie seiner Ansicht nach die Wahrheit sagen. Immerhin könnte man aber hier, der Partei gegenüber, an eine allerdings sehr abgeschwächte Form des Zwanges denken (durch Geldstrafe oder Haft), wo es sich um eine einzelne Mitwirkung bei einer Beweiserhebung handelt, z. B. um von ihr eine Niederschreibung ihres Namens zu erhalten. Doch wäre dies nur ein verkappter Zwang zu Geständnissen, den das Gesetz besser auf andere Weise erreicht. (Vergl. C. P. O. § 406 Abs. 3.)

Während die Untersuchungsmaxime zu unmittelbarem Zwange geneigt ist, sagt die Verhandlungsmaxime zur Partei: „Thu' oder lass', was Du willst; das Gericht aber hat seine Folgerungen aus beidem zu ziehen!" Auch die schon besprochenen Lügenstrafen würden, wie die Androhung einer ungünstigen Beweiswürdigung, nur mittelbar der richterlichen Forschung dienen.

Die Forschungsmittel, welche die C. P. O. zuläßt, sind Fragerecht, Augenscheinseinnahme, Zeugenvernehmung, Parteibeeidigung und Urkundeneinsicht; es ist also beispielsweise ausgeschlossen, daß der Richter amtlich Leumundsbescheinigungen über die Parteien einzieht oder Ermittlungen durch die Polizeibehörde vornehmen läßt.

Digitized by Google

Im übrigen wird, da es sich hier um bestimmt gesetzlich geregelte Dinge handelt, die außerdem später noch im einzelnen zu betrachten sind, nichts weiter zu sagen sein; dabei gehe ich insbesondere nicht auf den schon im § 2 gestreiften, sehr unerquicklichen und meines Erachtens auch völlig unfruchtbaren Streit über den Begriff des „Beweismittels" ein. Ich nenne ihn unfruchtbar, ohne damit in Langenbecks Auffassung (bei Busch, Zeitschr. IV S. 485) verfallen zu wollen, wenn dieser erklärt: die in den betr. Titeln der C. P. O. genannten Beweismittel „sind für uns Beweismittel, und sie allein sind Beweismittel; ob die Bezeichnung eine richtige und ob es noch andere Beweismittel geben könne, ist mir ganz einerlei". Zu dem oben in § 2 Gesagten soll hier nur, lediglich zur Abwehr von Mißverständnissen, folgendes noch hinzugesetzt werden. Die C. P. O. will die „Beweismittel" nicht erschöpfend aufzählen, sondern nur den Wert und die Erhebungsform der hauptsächlichsten regeln; sie hat z. B. keine Vorschriften über ununterschriebene Urkunden. Die C. P. O. will und vermag durch die Bezeichnung „Beweismittel", d. h. ein durch die Partei beschafftes Überzeugungsmittel (§ 2), den Augenschein und das Sachverständigen-Gutachten (s. Anm. 1 S. 25) nicht zu solchen umzuprägen. Deshalb darf daraus, daß das Gesetz etwas als „Beweismittel" bezeichnet, nicht der Schluß gezogen werden, daß dieses deshalb der amtlichen Ausnutzung durch den Richter nicht offenstehe, — daß beispielsweise der Augenschein nicht zur Feststellung streitiger Thatsachen von Amts wegen eingenommen werden dürfe, soweit eben das Gesetz hier, entgegen jener Bezeichnung, etwas anderes ergiebt. Endlich sind „Beweismittel" — d. h. meiner Ansicht nach die Träger von Mitteilungen, welche dem Richter, durch menschliche Vernunft (Gedanken) vermittelt, über den ursprünglichen Sachverhalt, Teile desselben

Digitized by Google

oder über Thatsachen, die einen Rückschluß auf jenen gestatten, gemacht werden[1]), — streng von den sog. „Indizien" zu unterscheiden, eben diesen letztbezeichneten Thatsachen nämlich, „welche nicht selber schon die vom Recht aufgestellten Merkmale des den Rechtsanspruch begründenden oder vernichtenden Thatbestandes — enthalten, aber nach ihrer regel- und erfahrungsmäßigen Bedeutung eine Schlußfolgerung auf die für den Rechtsanspruch entscheidende Thatsache gewähren" (Heusler a. a. O. S. 228). Doch scheinen mir allerdings beide Begriffe praktisch ineinander übergehen zu können. —

Das Gericht ist sodann auch an die Form gebunden, die das Gesetz für die Erhebung und Benutzung der Forschungsmittel aufstellt, z. B. an einen etwa erforderlichen Antrag der Partei auf solche Erhebung.

Das ist zunächst beim Zeugenbeweise der Fall. Das Gericht darf keine Zeugen ohne Parteiantrag vorladen, mögen ihm auch die Namen solcher durch die Parteien selbst oder sonst, etwa aus den Angaben bereits vernommener Zeugen, bekannt geworden sein, obwohl nach § 130 der C. P. O. auch der ausdrückliche Hinweis auf solchen Antrag zweifellos gestattet ist. Und thatsächlich ist das völlig ausreichend, wie man der Frage Zinks (a. a. O. S. 358) entgegenhalten kann: „Wenn ein Richter an einen vorgeschlagenen Zeugen Fragen stellen darf, wie er will, — warum sollte er nicht auch einen, der ihm nicht vorgeschlagen ist, kommen lassen dürfen, sobald sich eine Anregung dazu im Laufe der Verhandlung ergiebt?" In Wirklichkeit schlagen die Parteien, wie

---

[1]) Wo dann die Urkunde als ein Mitteilungsträger mit der Zweckbestimmung, ein solcher zu sein, aufzufassen wäre. Ohne solche Bestimmung ist z. B. der von einer Partei unterzeichnete Brief, der nur zur Schriftvergleichung benutzt wird: er ist für diesen Rechtsstreit keine Urkunde!

Digitized by Google

bekannt, eher zu viel als zu wenig Zeugen vor; auch kann die eine Partei, wenn sich bei den Verhandlungen, z. B. bei der ersten Zeugenvernehmung, weitere Auskunftspersonen ergeben, deren Namen die andere gern unterdrückt hätte, darauf nachträglich ohne Gefahr aus § 251 und 252 der C. P. O. sich berufen. Freilich läßt sich nicht verkennen, daß man, de lege ferenda gesprochen, den Parteien zwar die Ermittlung von Zeugen zunächst hätte überlassen können, aber den Richter deshalb nicht an ihre Vorschläge zu binden brauchte. Andererseits ist aber auch zu beachten, daß es besonders geraten erscheint, solche Anträge wegen des Kostenpunktes und der eigentümlichen Schwierigkeiten, in Civilsachen, wo man doch nicht gut Polizeibeamte zur Ausmittlung an Ort und Stelle senden könnte, um Zeugen aufzufinden, überhaupt abzuwarten. Ähnlich ist auch die Ansicht von Kohler in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. XXII S. 473, während mir dessen Bemerkung in seinem Patentrecht (S. 381) über das Ziel hinauszuschießen scheint, wenn er sagt: „Die Thatsachen, welche der Entscheidung des Civilgerichtes vorliegen, sind meistens so privater Natur, daß eine Offizialaufsuchung der Beweismittel ohne die höchste Belästigung des Verkehrs nicht durchzuführen wäre."

Und während nun andererseits die freie Forschung des Richters beim Zeugenbeweise dadurch anerkannt ist — C. P. O. § 361 und 362 —, daß er den Zeugen auch über die Anträge der Parteien hinaus ausfragen kann — nicht „bloß rezeptiv, sondern exploratorisch" [1]) —, so ist sie wiederum gefesselt durch die Vorschriften über die Beeidigung der Zeugen. Eine völlig freie Würdigung forderte Beschluß des Gerichts über Beeidigung nach Prüfung des einzelnen Falles; das Gesetz schreibt aber vor,

[1]) Bomhard, Civilrechtspflege in der Pfalz S. 43.

Digitized by Google

daß dem nahe am Prozesse beteiligten Zeugen ohne Eid, dem mangels solcher Beziehungen unverdächtigen Zeugen nur nach Beeidigung, falls nicht die Parteien darauf verzichten, Glauben geschenkt werden dürfe[1])!

Was übrigens diese Zeugeneide[2]) anlangt, so sollte man zur Herabminderung ihrer schreckhaft großen Zahl auf solchen Verzicht der Parteien (C. P. O. § 356 Abs. 2) möglichst hinwirken und deshalb die Beeidigung wenigstens bis zum Abschlusse der Aussage hinausschieben. Dann zeigt sich oft schon deren Belanglosigkeit, so daß jener Verzicht leichter zu erreichen ist; vielleicht kann auch das Gericht bereits durch Vorhalt dieser unbeeidigten Aussage der Partei das Zugeständnis des wahren Sachverhalts ablocken. Denn, wohlgemerkt, eine Rechenschaft über die Aussetzung der Beeidigung braucht der Richter nach § 356 Abs. 1 zur Akte nicht zu geben. Glaser a. a. O. II S. 480[33] teilt aus der Züricher Prozeßpraxis mit, daß die Parteien das Recht hätten, nach der Vernehmung der Zeugen auf Beeidigung derselben anzutragen; allein von dem Obergerichtspräsidenten Ullmer werde bezeugt (1861), es sei ihm kein Fall bekannt, wo je eine Partei von dieser Befugnis Gebrauch gemacht habe.

Hierher, als beschränkende Form der Beweiserhebung, gehört dann auch noch die Vorschrift, daß die Parteien der Beweisauf-

---

[1]) Vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen a. a. O. VIII S. 408; III S. 324, 380; X S. 415; XIII S. 421; XVII S. 370. — Frage: ein Zeuge, der zu wiederholter Vernehmung und insbesondere zur Gegenüberstellung mit anderen Zeugen vorgeladen wird und deshalb zunächst unter Aussetzung der Beeidigung vernommen ist, stirbt oder verschwindet; wie hat das Gericht die Aussage zu würdigen? Soll sie wirklich „pro nihilo“ sein?

[2]) Dasselbe ist natürlich vom Sachverständigeneide zu sagen. Die Beeidigung der Gutachter, welche glücklicherweise nach C. P. O. § 375 Abs. 2 auch ein für allemal geschehen kann, hat um so weniger Bedeutung, als sich doch der Richter gewissenhafte Leute dazu auswählt!

Digitized by Google

nahme beiwohnen dürfen (C. P. O. § 322, 361 Abs. 1), also nicht etwa bei der Zeugenvernehmung unter Umständen, wie nach der Strafprozeßordnung, einstweilen entfernt werden können.

In Wirklichkeit noch unerheblicher ist eine dritte Beschränkung des Gerichts, nämlich bei der Heranziehung von Urkunden. Allerdings scheint das Gericht in allen Fällen (§ 386 — Besitz einer Partei; § 393 — Besitz eines dritten; § 397 — insbesondere einer öffentlichen Behörde) an den *Antrag* der Partei gebunden zu sein, der übrigens ja nach § 130 der C. P. O. auch hier leicht zu erzielen ist; ich glaube jedoch weiter unten die Ansicht vertreten zu dürfen, daß *gegen die Partei selbst* eine amtliche Aufforderung — freilich ohne jeden Zwang, selbst in der Form des § 391 nicht — gestattet, bezw. unter Umständen geboten ist. Vergl. §. 20.

Daß endlich der Schiedseid, soweit er als Beweismittel zu wirken im stande ist (s. § 13), an den Antrag, die Zu- oder Zurückschiebung einer Partei gebunden ist, hat um so weniger Bedeutung, als dem Richter das Mittel des richterlichen Eides in die Hand gegeben ist.

Für die Ableistung sämtlicher prozessualischen Eide sind natürlich gewisse Formen vorgeschrieben: C. P. O. § 440 ff.

Im übrigen ist aber der Richter weder an Anträge noch an Formen gebunden. Das wird bei Besprechung des Fragerechts und des Augenscheines noch näher zu erörtern sein.

§ 12.

b. Die gesetzlichen Beweisregeln.

Weit erheblicher als das im § 11 Erörterte ist die Beschränkung der freien richterlichen Würdigung der Verhandlungen und der etwaigen Beweisaufnahmen durch die sog. „gesetzlichen

Digitized by Google

Beweisregeln" und die streng genommen übrigens nicht dazu zu zählenden Vorschriften über den Parteieid. Jene erkennt § 259 Abs. 2 der C. P. O. im Gegensatze zu dem fast wörtlich gleichlautenden § 260 der Str. P. O. ausdrücklich an: an diese gesetzlichen Beweisregeln ist jedoch „das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden". Aber aus der Zahl der gewöhnlich hier angeführten Fälle — Versäumnisfolge (so auch noch Wengler a. a. O. S. 103[15]), Eideszuschiebung, Rechtsvermutungen — bleiben einzig die verschiedenen Vorschriften über die Beweiskraft der Urkunden übrig. Denn in den beiden ersten Fällen handelt es sich lediglich um das Unbestrittensein von Parteibehauptungen, wo also eine richterliche Thätigkeit nicht stattfindet, folglich auch, genau genommen, von Beweiswürdigung nicht die Rede sein kann; und die Rechtsvermutungen gehören überhaupt nicht hierher (§ 14). Ja selbst bei dem Urkundenbeweise handelt es sich lediglich um die Beweistüchtigkeit öffentlicher Urkunden und unterschriebener Privaturkunden, die eine Erklärung enthalten. (A. A. in letzterer Hinsicht Heusler a. a. O. S. 298.)

Man wird an dieser Stelle, wo nur die Grenzlinien richterlicher Mitwirkungspflicht gezogen werden sollen, ein näheres Eingehen in die verwickelte Lehre der Urkunden, unter denen „keiner das Gleiche versteht, wie ein anderer" (Heusler a. a. O. S. 296), nicht erwarten; es möchte deshalb die Verweisung auf § 150, 185, 285, 380 ff. genügen; andererseits aber auch auf die Abschwächungen der strengen Regel in den §§ 384 (Durchstreichungen u. s. w.), 400 (beglaubigte Abschriften) und 402 Abs. 2 (Anfrage über Echtheit bei der betr. öffentlichen Behörde). Über die Beweiswürdigung bei Entziehung von Urkunden s. Briegleb, Abhandlungen S. 126.

Näher betrachtet, ist bei den öffentlichen Urkunden (§ 380,

Digitized by Google

382, 383) eine Würdigung abweichend von der, die das Gesetz vorschreibt, wohl kaum möglich; und von einer Beweiswürdigung läßt sich überhaupt nicht sprechen, wo die öffentliche Urkunde Formerfordernis des betr. Rechtsgeschäftes ist. Was die Privaturkunden anlangt, so handelt es sich hier um die Wohlthat des von Bentham sog. „präkonstituierten Beweises"! Es liegt also in der Errichtung von Urkunden etwas von einer privatrechtlichen Weggabe eines Rechtes an den Gegner, die als solche auch im Prozesse berücksichtigt werden muß. Nur vor der „gewaltig gewagten Vermutung" des § 381 (Wach, Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 226[18]) — aus der Echtheit des Namenszuges darauf, daß selbiger diesem Schriftstücke untergesetzt sei, hält diese Auffassung nicht Stich.

§ 13.

c. Der Parteieid.

Daß der Parteieid, das heißt der zugeschobene, der Schiedseid, genau genommen nicht unter gesetzlicher Beweiswürdigungsregel steht, ist bereits bemerkt. Er bildet vielmehr eine überraschende Parallele zu der Wirkung des Geständnisses, allgemeiner gesagt, des Unbestrittenbleibens von Parteibehauptungen bei Ermittlung des Sachverhaltes.

Man hat den zugeschobenen Eid als bedingtes Geständnis[1]) aufgefaßt. Das ist aber, wie Demelius in seiner Untersuchung

---

[1]) von Canstein bei Busch, Zeitschr. II S. 312; Schauberg a. a. O. S. 28; Heinze a. a. O. S. 281; Bähr, Jahrbücher für Dogmatik XXV S. 402; Schuppe in Gruchots Beiträgen XXX S. 246; Planck a. a. O. S. 319 Nro. 3. — Über die verschiedenen Auffassungen des eigentlichen Wesens des Eides s. auch noch Brackenhöfts Abhandlung im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XXIX.

Digitized by Google

„Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse" nachzuweisen versucht, irrig. Jedenfalls dürfte man diese Parteiverfügung nur als eine ganz besondere Art von Geständnis ansprechen. Denn es fehlt die Möglichkeit des Widerrufes (S. 105[6] dort und S. 87), wie nach § 263 der C. P. O. Richtiger bezeichne man, meint Demelius, die Eideszuschiebung des heutigen[1]) Rechts (S. 101[1]) als „formell feststellende Parteidisposition", zugleich aber als „unvereinbar mit freier, richterlicher Wahrheitsprüfung" (S. 108) und als „direkten Gegensatz zu demjenigen, was man sich als Aufgabe des Prozesses anzusehen immer mehr gedrungen fühlt" (S. 101[1]).

In der That wäre die Bedingung des Zugeständnisses, daß der Gegner mit seiner Verneinung recht habe, eine wunderlich verwickelte: „Wenn der Gegner schwört"; oder, falls er nicht schwört und den Eid zurückschiebt: „Wenn ich dann selbst nicht schwöre". Diese ganze Auffassung erscheint daher wertlos und ließe sich noch eher durch die Annahme einer Wette (siehe Wach, Vorträge S. 168) ersetzen: „Wenn Gegner schwört, soll er gewinnen; wenn ich schwöre, ich selber!", die dann freilich auch die Verwerflichkeit dieses sog. „Rechtsbehelfes" (remedium) in ein grelles Licht stellte. In Wahrheit ist es noch eine Art von gerichtlichem Schwurkampfe, von Zweikampf, womit es der

[1]) Anders nach römischem Recht, welches, wie Demelius a. a. O. § 16 erwiesen zu haben glaubt, „in judicio den Zu- und Rückschiebungsmechanismus des gemeinrechtlichen Haupteides nicht kennt", wo also die Wirkung der Ablehnung, Ableistung, Rückschiebung „nicht auf einer formell feststellenden Parteidisposition beruht", der Eid vielmehr lediglich als Beweismittel erscheint. — O. von Bülow, Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 39. — Der „Mechanismus" des Eides tritt m. E. auch dadurch besonders zu Tage, daß die Partei nach § 416 der C. P. O. gehalten ist, über „bestimmt zu bezeichnende Thatsachen" denselben zuzuschieben: kommt ihr der Richter nach § 130 der C. P. O. nicht dabei entgegen, so setzt das geringste Versehen diese ganze (sog.) Beweisführung aufs Spiel!

Digitized by Google

bei Bar a. a. O. S. 245[94] angezogene Reymond Bordeaux, Philosophie de la procédure ausdrücklich in Parallele stellte. (Vergl. Lippmann a. a. O. S. 26 ff.)

Übrigens läßt sich die Natur des Schiedseides noch anders auffassen, wie denn überhaupt, zumal infolge des grundsatzlosen Schwankens der Gesetze und der Mißverständnisse über das „jus jurandum in jure“ und das „in judicio delatum“, das Wesen des heutigen Schiedseides keineswegs völlig geklärt ist; so wollen beispielsweise die Motive zur C. P. O. den Eid als Beweismittel auffassen und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen der „Vergleichsnatur“ desselben in einzelnen Punkten Einfluß gestatten. Man kann seine eigentümliche Wirkung auch in dem Beweislos-Lassen von Behauptungen finden, mit der Besonderheit, daß diejenige Partei, die den zugeschobenen Eid nicht schwört, in die Zwangslage versetzt wird, gewissermaßen zum Ersatz für den Gegner, der sich bei ihrem Eide beruhigen wollte, nunmehr den Beweis für ihre Verneinung zu führen und dann eintretenden Falls für diese ihrerseits beweislos zu werden. Dies scheint mir wenigstens die Auffassung Glasers (a. a. O. S. 411) und Bährs (a. a. O. S. 402) bei folgenden sich gewissermaßen ergänzenden Bemerkungen zu sein, die ich hier deshalb wörtlich mitteile und wozu Reichsgericht, Entsch. a. a. O. XVIII S. 403 zu vergleichen ist. Glaser sagt, indem er vorausschickt, es sei verkehrt, das, was vom Eide des Zuschiebenden gelte, auf den des Gegners ohne weiteres zu übertragen: „Der schwörende Delat hat nicht zu beweisen, selbst nicht einen Gegenbeweis zu führen; er hat nicht nötig, den Richter von der Unwahrheit der vorläufig beweislosen Behauptung des Deferenten zu überzeugen. Er beschränkt sich darauf, die vom Gegner versuchte Beweisführung zu vereiteln, und der Richter entscheidet dann für ihn, nicht weil er durch den Haupteid des Delaten vom

Digitized by Google

Gegenteile der Behauptung des Deferenten überzeugt wurde, sondern weil er sie, da sie widersprochen und beweislos ist, als unwahr zu behandeln hat." Bähr: „Sie will — nicht durch den Eid des Gegners beweisen, sondern durch etwas ganz anderes, nämlich durch das Geständnis des Gegners, welches durch die Eidesauflage erzwungen werden soll. Sie will dem Gegner — und das Gesetz giebt ihr das Recht dazu — dadurch, daß ihm der Eid über das Gegenteil ihrer Behauptung abverlangt wird, einen Gewissenszwang anthun, ihre Behauptung einzugestehen. — Wird dieser Eid geleistet, so ist der Beweis verfehlt, und der Richter hat zu Ungunsten des Beweisführers zu erkennen, nicht etwa deswegen, weil er durch den Eid von der Unwahrheit der zu beweisenden Thatsache überzeugt sein mußte — denn diese Überzeugung kann möglicherweise sehr gering sein — sondern weil es an jedem Beweise zu Gunsten des beweispflichtigen Teiles mangelt und nun das non liquet zur Geltung gelangt." — (S. 404) „Will die Partei, welcher der Eid zugeschoben wird, den Eid nicht schwören, so knüpft das Gesetz nicht ohne weiteres für sie die Folge daran, als geständig zu gelten. Vielmehr giebt es ihr das Recht, den Eid zurückzuschieben, d. h. zu verlangen, daß der Beweispflichtige selbst erst die Wahrheit seiner Behauptung beschwöre. Auch hier ist der Gedanke der, daß der Zurückschiebende darauf spekuliert, durch das Geständnis des Beweisführers den Gegenbeweis zu erbringen, der seine eigene Ablehnung des Eides gerechtfertigt erscheinen läßt. Dieses Geständnis soll durch die Eidesauflage erzwungen werden. Schwört nun der Beweisführer den zurückgeschobenen Eid aus, so ist dieser Gegenbeweis mißlungen, und nun steht die Ablehnung des Eides seitens des Beweisgegners ohne Rechtfertigung da. Er wird verurteilt, aber nicht deshalb, weil der Richter durch den geleisteten Eid des Beweisführers von der Wahrheit der Thatsache überzeugt sein

Digitized by Google

müßte. Das kann möglicherweise gar nicht der Fall sein, und der Richter muß doch den Gegner verurteilen. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, daß der dem Beweisführer zurückgeschobene und von diesem ausgeschworene Eid, indem er positiv die Wahrheit der behaupteten Thatsache feststellt, eine andere Bedeutung gewinnt, als der nur negativ ausgeschworene des Beweisgegners über die Nichtwahrheit der behaupteten Thatsache."

Mag man im übrigen den Schiedseid konstruieren, wie man will, die Grenzen, die durch ihn das Gesetz der richterlichen Pflicht zieht, können wohl kaum zweifelhaft sein. Es bleibt deshalb nur das noch hervorzuheben, daß, wie bereits angedeutet, auch hier, wie beim Geständnis nach § 81 der C. P. O., das Gesetz sich nicht gleich bleibt, sondern den Eid, der im übrigen formell wirkendes Verfügungsmittel ist, unter Umständen auch als wirkliches Beweis- und Überzeugungsmittel für den Richter behandelt, wodurch dann, wie beim richterlichen Eide, die Partei selbst zur „Trägerin von Mitteilungen über den ursprünglichen Sachverhalt" gemacht wird. Dies tritt in § 435 Abs. 2 vor allem durch die Worte „nach den Umständen des Falles" und in § 434 Abs. 2 recht deutlich hervor, während Abs. 1 hier das Maßgebende der Parteiverfügung im Schiedseide recht ans Licht rückt; sodann aber auch in dem Falle, wo nach § 414 und 415 einem dritten der Eid zugeschoben wird. Vergl. Wach bei Busch, Zeitschr. IX S. 449. Von Canstein, ebenda II S. 317 bezeichnet das im § 415 dem Gerichte gegebene Ablehnungsrecht als eine grundlose Beschränkung der „Dispositionsmaxime", während meiner Ansicht nach der Paragraph doch nur, wie seine Entstehungsgeschichte zeigt, eine wohlthätige richterliche Kontrolle gegen ein Überwuchern der im Eide liegenden Parteiverfügung über die sonstigen gesetzlichen Grenzen hinaus einführt.

Von besonderem Werte zeigt sich hier die Scheidung von

Digitized by Google

Ermittlung und Feststellung beim Sachverhalte und die Erkenntnis, daß bei der letzteren der Richter wesentlich selbständiger steht. Wollen nämlich die Parteien, wie oben gezeigt, dem Richter durch verfügende Behauptungen die Nachforschung nach dem ursprünglichen Thatbestande entziehen, so ist das mittelst Eideszuschiebung nicht zu erreichen; vielmehr ist jener auch dann noch befugt und verpflichtet, ehe er den „Mechanismus" des Parteieides spielen läßt, mit allen Mitteln die Wahrheit, d. h. jenen wirklichen, ursprünglichen Sachverhalt ohne diese Parteimaßnahme festzustellen. Diese richterliche Thätigkeit können die Parteien, da hier ja eben Streit zwischen ihnen obwaltet (s. § 7), nicht abschneiden; das vermag nur das glatte, unverhohlene Zugeständnis. Dies sollte unter anderem im einzelnen Falle die Richtschnur für das Ermessen des Richters sein, das ihm mit dem Wörtchen „kann" im § 415 und 426 gegeben ist, wodurch auch die Befürchtung eines allzu ausgedehnten Parteibeliebens; welche man an § 415 geknüpft hat (v. Sarwey, Kommentar II S. 588), in sich zusammenfällt. Und zugleich liegt es hierin begründet, daß der Unfug des Parteieides so wesentlich im heutigen Prozesse zurückgedämmt werden kann — was ich am Schlusse der Abhandlung noch eingehender besprechen will: bei sorgfältiger Sachbehandlung vermag der wahrhaft freimütigen Würdigung des Prozeßstoffes das seltsame Überbleibsel „finsterer Zeiten", welches man im Parteieide dem Rechtsleben erhalten hat, in der That recht wenig Abbruch zu thun.

Ich habe mich aber deshalb solange bei dem Schiedseide aufgehalten, um die Ungeheuerlichkeit dieses geistlos-toten „Mechanismus" in unserem sonst so lebensvollen Prozeßverfahren recht aus der Nähe zeigen zu können; in der That ist er eine Rechtsschöpfung, die jeder inneren Berechtigung entbehrt — nach Wach, Vorträge S. 163 freilich ein „höchst feinsinnig erfundenes Mittel", —

Digitized by Google

die man nur recht unmittelbar im Rechtsverkehre zu erproben und in ihren Bitternissen durchzukosten braucht, um sie vom Grunde der Seele hassen zu lernen!

§ 14.

Anhang: Die sog. Rechtsvermutungen.

Daß diese für den eigentlichen Zweck meiner Abhandlung rein negativen Erörterungen einen so großen Umfang haben einnehmen müssen, möge man mit der außerordentlichen Schwierigkeit des besprochenen Stoffes entschuldigen. Leider müssen dieselben aber, zur Abwehr von Irrtümern, noch durch eine weitere Betrachtung ergänzt werden.

Es wird nämlich vielfach geglaubt, daß auch die sog. Rechtsvermutungen der richterlichen Feststellung des eigentlichen Sachverhaltes hindernd in den Weg träten[1]). Und doch völlig

---

[1]) Wendt a. a. O. LXIII, S. 288; von Canstein bei Busch, Zeitschr. II S. 318: „Nächst der Parteidisposition sind es vor allem die Rechtsvermutungen, bei denen an Stelle der Feststellung der materiellen Wahrheit die Wahrnehmung tritt." (Dagegen mit Recht der Spott Wachs, Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 204.[3]) Allgemein werden sie in der Beweislehre abgehandelt: Unger a. a. O. § 130[8] und Anm. 9a; Fitting, Reichscivilprozeß S. 115; Burckhardt a. a. O. S. 119, 169, 193, 213. Letzterer bezeichnet sie als „Beweisfurrogate" und als Abweichungen von den „gewöhnlichen Beweisregeln" (S. 227, 234, 313): welche sind das? Andererseits erklärt er (S. 1 und 354), die Lehre von den „Präsumtionen" stehe „auf der Grenze" vom materiellen und Prozeßrechte; obgleich ihr „Schwerpunkt im Prozesse liege", gehörten sie doch dem materiellen Rechte an. — Dagegen Demelius, Rechtsfiktion S. 93: „Die Lehre von den Präsumtionen gehört ins materielle Recht, insoweit die Lehre von der Beweislast hineingehört." — Nicht uninteressant ist Lippmanns Darstellung (a. a. O. S. 121, 122); zu vergleichen ist auch Leonhard a. a. O. S. 19 und Wach, Handbuch S. 127 und 302; Windscheid a. a. O. § 133 Nr. 2a und Anm. 11; Weber, Beweisführung III. Ausgabe, Teil V. — Planck hat in seinem Lehrbuch bislang nur die kurze

Digitized by Google

mit Unrecht. Weshalb man überhaupt das Civilprozeßrecht für diese Rechtsvermutungen, die widerleglichen und die unwiderleglichen, verantwortlich macht, ist etwas rätselhaft, da man sie doch in der Civilprozeßordnung nur mit geringem Erfolge, etwa in § 153 Abs. 2 und § 674 Abs. 2 S. 2 sucht[1]), dagegen auf dem Gebiete des Privatrechts, auf das § 16 des Einführungsgesetzes zur C. P. O. ausdrücklich hinweist, um so zahlreicher findet. In der That handelt es sich gar nicht um eine prozessualische Vorschrift, etwa daß der Richter über den wirklichen Sachverhalt hinwegsehen und sich an dessen Stelle mit einer vorgeschriebenen Rechtsvermutung begnügen solle, sondern um Rechtssätze, welche, wie alle anderen, an bestimmte Thatbestände bestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Nur daß hier diese Thatbestände so gewählt werden, daß nicht diejenigen Umstände als rechtswirkend anerkannt werden, welche dem natürlichen Verständnisse dazu am nächsten zu liegen scheinen, sondern andere greifbarere, mehr „scheinliche" (C. C. C. 187) Umstände, welche nach Erfahrungssätzen regelmäßig mit jenen zusammenfallen oder aus sonstigen Gründen (Burckhardt a. a. O. S. 215; Weber, S. 64 und 66) vom Gesetze dazu ausersehen sind. Die besondere, die Wahrheit verschleiernde Ausdrucksart bei solchen Rechtssätzen ist nur eine Bequemlichkeit, eine Vermittlung zwischen natürlicher und juristischer Anschauung; auch wohl ein Nichtzuendedenken des Gesetzgebers. So knüpft die bekannteste Rechtsvermutung „Pater

---

Bemerkung S. 408[14]: „Es kommt bekanntlich vor, daß solche Erfahrungssätze zu Rechtssätzen erhoben sind, sei es absolut (praesumtiones juris et de jure) oder bis zu einer gewissen Grenze (praesumtiones juris) bindenden."

[1]) Wirkliche „Beweisvermutungen" enthalten übrigens § 405 (Echtheit der Unterschrift — Echtheit der Überschrift!) und § 402 (Formrichtigkeit der öffentlichen Urkunden begründet die „Vermutung der Echtheit"); sie sind aber eben nur der Ausdruck der beim Urkundenbeweise obwaltenden „gesetzlichen Beweisregeln" und deshalb bei diesen zu besprechen.

Digitized by Google

est, quem nuptiae demonstrant" die Rechtsfolge, das väterliche Rechts- und Pflichtverhältnis, nicht an die wirkliche Erzeugung des Kindes an, sondern an die Thatsache, daß es von der Ehefrau des Betreffenden geboren ist, — also an einen weit greifbareren, wirklichen Sachverhalt an, der nötigen Falls im Prozesse geradeso bewiesen werden muß, wie jeder andere. Nur gestattet das Gesetz hier, wie in anderen Fällen, — in billiger Berücksichtigung, daß der eigentliche Grund doch die Erzeugung sein müsse und diese und die Geburt während der Ehe nicht voneinander unbedingt abhängen, — die Unmöglichkeit der Erzeugung, das „Gegenteil" (§ 16 cit.) als „rechtshindernde Thatsache" nachzuweisen. Mit der Feststellung des wirklichen, ursprünglichen Sachverhaltes, mit Vermutungen dabei hat dies also offensichtlich nichts zu thun: knüpft das Gesetz Kindesrechte an die Geburt in der Ehe, so kommt es auf eine Überzeugung des Richters, ob das Kind in dieser Ehe von X oder Y erzeugt ist, offenbar gar nicht an. Das Gesetz fordert mit gutem Grunde nur Behauptung (und eintretenden Falls Nachweis) von a (Geburt während der Ehe) statt von a + b (Geburt während der Ehe und thatsächliche Erzeugung durch den Ehemann); läßt jedoch, um nicht ungerecht zu werden, c als negative Thatsache zu, — Behauptung und nötigen Falls Beweis der Unmöglichkeit der Erzeugung durch diesen Ehemann. Oder es fordert a + b (Tod zweier Verwandten und Verhältnis ihrer Lebensalter) statt a + c (Tod und Reihenfolge der Todesfälle).

So nähert sich die Rechtsvermutung und zwar nicht nur die unwiderlegliche[1]) als „Rechtsregel besonderen Inhaltes", — daß wer gewisse Thatsachen behauptet, sie nicht zu

[1]) Deren Gleichheit mit der „Fiktion", wie mir scheint, Weber a. a. O. S. 64 und Struckmann-Koch, Kommentar S. 977 annehmen, die aber mit Recht von Unger a. a. O. S. 584[19] bestritten wird.

Digitized by Google

beweisen braucht, sondern den Beweis der Nichtexistenz abwarten kann (Demelius a. a. O. S. 92) — sehr der „Fiktion" als einer „Rechtsregel besonderen Ausdruckes" (ebenda); und es ist bei dieser Ähnlichkeit im Rückblick auf das „Heer von oft sehr abenteuerlichen und überaus willkürlichen Präsumtionen" (Unger a. a. O. S. 587) nicht verwunderlich, daß Demelius (a. a. O. S. 78[7]) bemerken kann: „Es giebt weniges, was nicht fingiert werden soll!"

Die Formel für die Fiktion, d. h. einer Rechtsregel „auf Grund eines Thatbestandes solle die gleiche rechtliche Wirkung eintreten, wie wenn dieser Thatbestand seinem Inhalte nach ein anderer wäre" (Windscheid a. a. O. § 67 a. E. — vergl. Demelius a. a. O. S. 76; O. von Bülow, Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 4 und LXIV S. 29[19]) würde sein: an a + b ist die Rechtsfolge r geknüpft; jetzt wird bestimmt, daß die gleiche auch bei dem Vorhandensein von a + c eintreten solle. Die Ähnlichkeit mit der obigen Formel leuchtet von selbst ein. Der Beweis aber, der bei widerleglichen Rechtsvermutungen dem Gegner desjenigen, „für den die Rechtsvermutung spricht", zufällt, ist deshalb immer „ein wahrer Hauptbeweis" (Unger a. a. O. Anm. 51), der Beweis einer rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Thatsache. (Vergl. Burckhardt a. a. O. S. 333, 334.)

Hierbei darf ich übrigens nicht verschweigen, daß Unger in seiner vorzüglichen Darlegung des Wesens solcher Rechtsvermutungen einen Unterschied macht, der mich trotz wiederholter Prüfung nicht überzeugt hat. Er bestimmt die Rechtsvermutung als eine gesetzliche Vorschrift für den Richter (S. 580), „eine Behauptung für wahr (gewiß) anzunehmen, sobald eine bestimmte andere Behauptung erwiesen (gewiß) ist"; als eine Erlaubnis (S. 581) „statt der eigentlich zu beweisenden

Digitized by Google

Thatsache eine andere zu beweisen, von deren Existenz dann auf die Existenz jener geschlossen wird"; als einen Befehl: „wenn A wahr ist, so ist B für wahr zu halten" (S. 599[50]). Ich meine, daß die erste Hälfte der zweiten Bestimmung das allein Wesentliche ist; eine Schlußfolgerung wird, wie oben zu zeigen versucht ist, gar nicht gezogen. — Im Gegensatz hierzu nimmt nämlich Unger (S. 598) „Interimswahrheiten" an, warnt sogar ausdrücklich (Anm. 51a) vor Vermischung derselben mit den Rechtsvermutungen und bestimmt sie (Anm. 50) dahin, daß das Gesetz anordne „B ist ohne weiteres für wahr zu halten". Beispiele sind ihm die sog. „Kommorienten" und die praesumtio Muciana; hier sei auch der Gegenbeweis wahrer Hauptbeweis.

Ich glaube mit Burckhardt a. a. O. S. 213 diesen Unterschied verwerfen zu müssen und will nur noch folgendes hinzufügen. Es unterscheidet Burckhardt (S. 168, 169, 193) „materielle" und „prozessualische Präsumtionen" und versteht unter ersteren Rechtsvermutungen in dem Falle, daß der Gesetzgeber, dem „ein Umstand wahrscheinlich ist, deshalb bestimmt, daß etwas als materielles Recht gelten solle, nicht aber — daß der Umstand für wahr angenommen" werde; unter letzteren, daß dieser wahrscheinliche Umstand selbst als wahr angenommen werde. Dann sagt er aber weiter S. 171: „Insofern — als es sich im Prozesse nur um den Beweis solcher Thatsachen handelt, die das geltend gemachte Recht zu begründen oder aufzuheben im stande sind, die also überhaupt eine rechtliche Folge haben, kann man der prozessualischen Präsumtion, die diesen Beweis ersetzt, auch den Charakter einer materiellen zusprechen. Und wenn er ferner dazu c. 3 de apoch. publ. X 22 anführt, beim Besitze von dreijährigen Steuerquittungen gelte vom Steuerschuldner: „non cogitur ostendere, d. h. er ist frei vom Beweise; neque

Digitized by Google

de praeterito ad illationem functionis tributariae coarctetur, nisi forte ect., d. h. er braucht nicht zu zahlen, wenn nicht der Gegenbeweis geführt wird", — so kommt das schließlich, wie mir scheinen will, völlig auf die von mir verteidigte Auffassung hinaus.

Zum Beleg ihrer Brauchbarkeit möchte ich hieran noch einige der außerordentlich zahlreichen Beispiele aus neueren Gesetzen anknüpfen.

Ein hannoversches Gesetz von 1840 fordert zur Gültigkeit der Veräußerung von Brautschatzgrundstücken richterliche Untersuchung der Nützlichkeit derselben; ist diese geschehen, so ist damit „voller Beweis" erbracht: mit anderen Worten, die so geleitete Veräußerung ist unanfechtbar; von Beweis ist gar keine Rede mehr.

Das Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 § 7 stellt die „Vermutung" auf, daß bei vorbehaltloser Annahme des Empfängers das Postgut vollwichtig und äußerlich unverletzt gewesen sei; es giebt ihm also nur dann, genau betrachtet, ein Recht auf Schadenersatz, wenn er seinerseits gewisse Bedingungen, den Vorbehalt, erfüllt.

Das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 Nr. 4 erklärt die Zeitangabe im Militärtestament zunächst, Gegenbeweis vorbehalten, für maßgebend, d. h. giebt dieser Erklärung über den Tag der Abfassung die Kraft einer rechtsgültigen Verfügung.

Das Reichsgesetz den Unterstützungswohnsitz betr. vom 6. Juni 1870 § 11 Abs. 3 setzt unter bestimmten Voraussetzungen den „Umzugstermin" an Stelle des Beginns des Aufenthaltes als rechtserzeugende Thatsache fest, die aber infolge anderer Thatsachen, die gegenbeweislich darzuthun sind, wieder aufgehoben werden kann. Vergl. dazu Konk. O. § 100 Abs. 2.

Besonders auffallend ist endlich § 53 des Reichsgesetzes über

Digitized by Google

das Urheberrecht vom 11. Juni 1870, welcher das Urheberrecht öffentlich aufgeführter, noch nicht mechanisch vervielfältigter dramatischer, musikalischer und dramatisch-musikalischer Werke dem giebt, welcher bei der Ankündigung der Aufführung als Urheber genannt ist; mit andern Worten: um das „geistige Eigentum" daran als eigener Schöpfung für sich zu beanspruchen, bedarf es nicht des Nachweises dieser Erzeugung, sondern es genügt die Darlegung jener greifbaren Thatsache. Das Recht des wahren Urhebers kommt dabei zunächst nicht in Frage und bleibt selbstverständlich vorbehalten.

Nach alledem dürfte die Behauptung gerechtfertigt sein, daß die sog. Rechtsvermutungen mit der Feststellung des Sachverhaltes im Civilprozesse und mit dessen freier Beweiswürdigung nichts zu schaffen haben. So spricht sich ausdrücklich auch v. Bar in Holtzendorffs Encyklopädie S. 730 Anm. 1 aus, obwohl er im übrigen der herrschenden Darstellung folgt[1]); vergl. S. 768 dort.

Desto wichtiger sind für den Prozeß allerdings die sog. natürlichen Vermutungen; ihre nachdrücklichste Anwendung, d. h. mit anderen Worten die Ausnutzung des „Indizienbeweises", kann in unserem Verfahren den Richtern nicht dringend genug ans Herz gelegt werden!

---

[1]) „Wirkliche Rechtsvermutungen — gehören dem materiellen Rechte an und werden deshalb durch das im Prozesse geltende Prinzip der freien Beweiswürdigung nicht berührt." Vergl. auch noch Gaupp, Kommentar III S. 611 und Struckmann-Koch a. a. O. S. 297 und Reichscivilgesetzbuchs-Entwurf § 198.

Digitized by Google

§ 15.

II. Die praktische Bedeutung der richterlichen Mitwirkungspflicht. — Wert des sog. „Urteilsthatbestandes".

Somit möchte denn das Feld abgesteckt sein, auf dem sich die richterliche Forschung, die Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes kraft Amtspflicht frei bewegen kann.

Entgegen den in § 6 bereits mitgeteilten Äußerungen gewinnt die Erkenntnis der Wichtigkeit dieser Pflicht glücklicherweise mehr und mehr Boden. Ich verweise dafür zunächst auf die Motive zur C. P. O. S. 127 und 128: „Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergiebt sich aus der Struktur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen. Andererseits hat der Entwurf Sorge getragen, insbesondere durch ein ausgedehntes und scharf durchgeführtes richterliches Prozeßleitungsamt für die mündliche Verhandlung in der Gerichtssitzung, daß die Verhandlungsmaxime eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Begrenzung erhält und einer Ausartung derselben, wie sie auf dem Gebiete des gemeinen Prozeßrechts hervorgetreten ist, vorgebeugt wird." Hierzu ist noch Wach, Vorträge S. 40 und 41; Levy, Zeitschr. f. Gesetzgeb. und Rechtspfl. in Preußen III S. 512; Henrici in den Jahrbüchern für Dogmatik XXIV S. 16 unten zu vergleichen. Wörtlich führe ich noch Endemann bei Grünhut a. a. O. VI S. 447 an: „Glücklicherweise hat die neuere Gesetzgebung, wenn auch nicht aus prinzipieller Einsicht und Überzeugung, doch instinktiv sich dem gesunden Gedanken zugewendet, die richterliche und die Parteithätigkeit gleichberechtigt, ohne Eifersucht und ängstliche Abgrenzung, nebeneinander zu stellen. Nicht als ob darum

Digitized by Google

jeder von beiden Faktoren, Gericht und Parteien, durchaus ungebunden thun könnten, was sie wollen. Selbstverständlich existiert für beide die gesetzliche Ordnung. Diese aber ist so getroffen, daß beide dasjenige Maß von freier Bewegung und wirksamer Thätigkeit besitzen, welches einesteils mit der privatrechtlichen Beschaffenheit des Prozeßinhaltes verträglich, andererseits um des Zieles materieller Wahrheit und Gerechtigkeit willen erforderlich ist." (Vergl. auch noch dessen deutsches Civilprozeßrecht § 99.) O. von Bülow-Leipzig äußerte sich mir gegenüber brieflich, und selbst in dieser Gelegenheitsform hat diese Äußerung ihren hohen Wert: „Daß dem Gerichte die Parteien die Grenzen der Urteilsfindung zu setzen haben und daß es den Parteibemühungen und der Parteibestimmung überlassen bleiben muß, welcher Thatbestand überhaupt abzuurteilen ist, ist mir eine unumstößliche Wahrheit, ebenso wie die, daß — ganz unbeschadet jener Wahrheit — der Richter fortwährend den Parteien bei der Vorbringung des Thatbestandes behülflich zu sein verpflichtet ist; daß insbesondere, seit das drückendste Hemmnis der Erfüllung dieser Pflicht, die Schriftlichkeit, d. h. der Mangel persönlicher Verständigung u. s. w., weggefallen ist, jetzt diese Pflicht zum Segen der Rechtspflege in vollem, mutigfreiem Zuge — sich zu entfalten hat."

So spricht eine auf der Höhe stehende Theorie, wo die deutsche Rechtsübung noch vielfach unter dem Banne der starren „Verhandlungsmaxime" seufzt und der richterlichen Mitwirkungspflicht nicht thatkräftig zu genügen wagt.

Soll dies geändert werden, soll der Inhalt der Civilprozeßordnung richtig zur Darstellung kommen, so gebührt vor allem auch im Systeme dieser Pflicht der gleiche, wenn nicht größere Raum, wie jener Maxime; nicht etwa darf sie als ärger-

Digitized by Google

liche Inkonsequenz, als eine Nachgiebigkeit gegen die Unfähigkeit der Parteien aus praktischen Gründen[1]) in den Winkel gestellt oder mit allzu allgemeingehaltenen Bemerkungen von „Vermeidung inquisitorischen Vorgehens" u. s. w. verkümmert und unterdrückt werden.

Will man sich die außerordentliche Bedeutung der richterlichen Mitwirkungspflicht recht klar machen, so bedarf es nur einer Überlegung, wie wichtig für jedes Urteil die Erzielung einer richtigen thatsächlichen Grundlage ist — insbesondere auch zur Beseitigung der Überlastung unseres Verfahrens mit den Parteieiden; und wie bedeutsam dabei gerade die unparteiische, also im Zweifel freiere Ausschau des Richters nach den rechtserheblichen Thatsachen sein muß.

Man erwäge nur, daß ein Urteil, mögen seine Entscheidungsgründe auch noch so fein im Rechtspunkte ausgearbeitet sein, ohne Zugrundelegung des richtigen Sachverhaltes, einerlei, wer die Schuld davon trägt, eine Totgeburt und ein Ärgernis des rechtssuchenden Publikums ist. Die zutreffende Erfassung des Sachverhaltes ist in Wahrheit bei der aburteilenden Thätigkeit der Gerichte fast, möchte ich sagen, die Hauptsache[2]) — so sehr

---

[1]) Mit Recht meint Planck a. a. O. S. 197 — und ihm schließt sich an Puchta a. a. O. S. 63; Glaser a. a. O. S. 324 (bei der Kritik des altpreußischen Prozesses) und Bähr, Noch ein Wort S. 34 (in § 5 bereits wörtlich mitgeteilt) — daß vom gesetzgeberischen Standpunkte aus das wohlorganisierte Institut der Rechtsanwaltschaft eine unabänderliche Forderung bei Durchführung der Verhandlungsmaxime sei.

Ich möchte daran noch die Bemerkung knüpfen, daß hierin auch wohl der Grund liegt, weshalb in kollegialgerichtlicher Praxis das Bedürfnis nach eindringlicher Anwendung der zu besprechenden Bestimmungen der C. P. O. weniger klar vor Augen tritt, als im amtsgerichtlichen Prozesse, weil dort eben rechtsverständige Stofffammler die Parteien vertreten.

[2]) Glaser a. a. O. S. 437. Auch Wach, Vorträge S. 159 erklärt, so sehr seine sonstigen Anschauungen gegen eine freie Handhabung

Digitized by Google

die Hauptsache, daß man annehmen darf, die meisten Klagen der Leute über das vielfach Unbefriedigende unserer Civilrechtspflege würden mit dieser praktisch gemachten Erkenntnis verschwinden. Weil jene allein eine zutreffende Würdigung der rechtlichen Verhältnisse ermöglicht, so ist sie auch das beste Mittel, den Rechtsuchenden, um derentwillen denn doch Recht und Gericht da sind, wirklich ihre Ansprüche zu sichern. Nur oder doch zu erheblichem Teile aus der Vernachlässigung dieser richterlichen Mitwirkungspflicht erklärt es sich, daß das Publikum so oft fremd und mißtrauisch dem Civilrichter entgegentritt und in der Justiz, um mit Bähr zu sprechen, eine unverstandene Macht sieht, in deren Wunderlichkeiten man sich zu finden habe. Und gewiß nicht wenige Richter, welche sich ein empfindliches Rechtsgefühl und ein Herz für das wahre Wohl ihrer Gerichtseingesessenen bewahrt haben, fühlen im geheimen — trotz etwa juristisch-technisch untadelhafter Arbeit — diesen Vorwurf mit, empfinden schmerzlichst

---

der richterlichen Forschung befangen machen müssen: „Wenn ich sage, die materielle Wahrheit ist nicht das Ziel des Civilprozesses, sondern sein zufälliges Ergebnis, so sage ich nicht, daß sie nicht sei ein Ergebnis 'aufs sehnlichste zu wünschen'." — Vergl. ferner Bähr, dessen wertvolle Streitschriften ja gerade der guten Sache eines zutreffenden Thatbestandes dienen sollen: Reichsgerichtsurteile mit Besprechungen S. 222; Jahrbücher für Dogmatik XXIII S. 394; Über Wachs Prozeßenquete S. 31; Noch ein Wort S. 13, wo übrigens noch eine interessante Äußerung des Wirklichen Legationsrats Dr. Kayser mitgeteilt wird: „eine Civilprozeßordnung sei nicht dazu bestimmt, scharfsinnige Rechtsanwälte auszubilden, sondern die Bedürfnisse des Volkes, soweit es in wirtschaftlicher Hinsicht des Prozesses bedarf, zu befriedigen. Dies thue unsere C. P. O. nicht. Abgesehen von vielen andern Mängeln, werde selbst von den Anhängern derselben zugegeben, daß die Thatbestandslehre der richterlichen Willkür Thür und Thor öffne." — Heusler, Arch. f. d. civ. Prax. LXII S. 257: „Der Richter hat die Aufgabe, den Thatbestand eines Prozesses möglichst genau kennen zu lernen, das ist sogar eine seiner Hauptpflichten."

Digitized by Google

die Unzulänglichkeit ihrer Entscheidungen und beruhigen sich nur zur Not mit der „Selbstverantwortlichkeit der Parteien".

Man kann andererseits zugeben, daß der Civilprozeß als ein Ausfluß der „Zwangsgemeinschaft" des Staates überhaupt ein notwendiges Übel sei (v. Ihering, Geist des römischen Rechts § 50), daß also mit ihm auch lästige Folgen verknüpft sein müssen; daß es nicht zu ändern ist, wenn in ihm bisweilen das beste Recht durch die Ungeschicklichkeit der Partei, des Richters oder aus Mangel an Beweis untergeht. Man kann einräumen, daß das streng Erschöpfende der Beweisaufnahmen, die unerbittliche Prüfung, das „ad vivum resecare" nach deutscher Gepflogenheit[1]), was den Beweis anlangt, — obwohl gemildert durch die „freie Beweiswürdigung" — doch die Quintessenz und die erste Absicht des gerichtlichen Verfahrens im Gegensatze zu der Prüfung der Streitsache nach Billigkeits- und Wahrscheinlichkeitsrücksichten durch einen Schiedsrichter sei und deshalb für viele Rechtsverhältnisse gar nicht passe. Immer aber bleibt noch ein Rest von Vorwürfen, der erst die Abneigung des Publikums gegen die civilrichterliche Thätigkeit, den auch hier vielberufenen „grünen Tisch" zu erklären im stande ist. Und dieser Rest trifft die häufig nicht sachgemäße Handhabung des Prozeßrechts bei Ermittlung des Sachverhaltes.

Ganz abgesehen von dem jetzt entbrannten Streite, ob das Gericht sich des Inhaltes der mündlichen Vorträge der Parteien hinreichend zu vergewissern und alles Vorgetragene wirklich schriftlich im Urteile niederzulegen im stande sei — ist es doch höchst auffällig, daß in zahlreichen Gesetzen und Verträgen je länger je

---

[1]) Im Gegensatze zu der der Franzosen — Beispiele bei Zink a. a. O.; v. Bar a. a. O. S. VI und 67; Glaser a. a. O. S. 374; Bomhard a. a. O. S. 24. — Wie oft erstickt übrigens die Luft zum „Kampfe ums Recht" in der Schwüle des Beweisverfahrens!

Digitized by Google

mehr der „Rechtsweg ausgeschlossen“ und schiedsgerichtliche Entscheidung[1]) vereinbart bezw. festgesetzt wird; daß die besonnensten Männer[2]) Fachgerichte für Handel, Gewerbe u. s. w.[3]) verlangen, während man doch denken sollte, daß selbst ein durchschnittlich begabter Richter auch in solchen Sachen über einen richtig ihm vorliegenden Sachverhalt zutreffender zu urteilen vermöchte, als ein Fachmann (Leonhardt, Errichtung von Handelsgerichten im Kgr. Hannover S. 15 und 16); denn diesem geht ja der freiere Blick, das durch keinen Interessenstandpunkt getrübte Auge des unabhängigen Richters ab! Gewiß liegt — ich wiederhole das — viel an dem leidigen, aber unvermeidlichen Formalismus des Civilprozesses, an der unseligen Erfindung der Parteieide, an der Furcht vor der Tücke eines boshaften Gegners, gegen die ja auch der beste Richter nicht immer zu schützen vermag; aber dies alles genügt noch nicht, um jene Antipathie völlig zu erklären.

---

[1]) Etwas Ähnliches dem Erfolge und der Absicht nach erwähnt O. von Bülow (Arch. f. civ. Prax. LXVI S. 63) mit dem besonders bei Versicherungsgesellschaften üblichen „außergerichtlichen Beweisvertrage“. Ihn für gültig halten, soweit er sich nicht — in Übereinstimmung mit Wach — als eine privatrechtliche Verbindlichkeit ansehen läßt, ist jedenfalls auch eine Auswucherung der mißverstandenen allmächtigen Verhandlungsmaxime.

[2]) Hier liegt auch der eigentliche Grund der Klage des Landrats Knebel zu Merzig in den Schriften des Vereines für Socialpolitik Bd. 35 S. 138: „Es ist eine der traurigsten Thatsachen, daß dann [in Wucherprozessen] die Rechtsordnung zum Schutze des kleinen Mannes nicht ausreicht und die Bevölkerung vor nichts so sehr zurückscheut, als vor dem Rechtsstreite mit einem Handelsmann.“ — Ferner der so mannigfachen Äußerungen bei den Beratungen des deutschen Landwirtschaftsrates, daß die „Juristen“ den thatsächlichen Verhältnissen und Bedürfnissen insbesondere des Bauernstandes nicht gerecht zu werden verständen.

[3]) Man vergl. W. Roscher, Nationalökonomik des Ackerbaues § 64 a. E.; des Handels und Gewerbes § 101 und 160; Finanzwissenschaft § 144[11].

Digitized by Google

Die Leute vermissen, daß die Gerichte ihnen mit allen Mitteln bei der Auffindung des wahren, dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Sachverhaltes zu Hülfe kommen; daß diese bei ihrer richterlichen Thätigkeit voll von dem Bewußtsein durchdrungen sind, jene Auffindung sei eine der Rechtsfindung ebenbürtige Aufgabe; daß gerade dieser Teil des Prozeßverfahrens im Interesse der Gerechtigkeit ganz besonders sorgfältig anzubauen sei.

Die Anforderungen an die Tüchtigkeit des Richters sind in beiden Punkten gleich große; ja, die Würdigung thatsächlicher Verhältnisse ist schwieriger zu erlernen, als die Rechtswissenschaft selbst in den drei Universitätsjahren, so daß der preußische Justizminister Dr. von Friedberg in seiner bekannten Rede vor dem Preußischen Landtage mit Recht sagen konnte: „Lange nachdem der junge Jurist das große Examen gemacht hat, entwickelt sich die eigentliche Durchbildung“ [1]).

Der Richter braucht sich dieser Auffindung des Sachverhaltes — um hier noch einige Worte mehr zu sagen, als streng in den Zusammenhang gehören — um so weniger zu schämen, als man sogar in der Auffassung und urteilsmäßigen Darstellung des Sachverhaltes gerade eine Hauptkunst des Juristen erblicken darf. Beide setzen voraus, daß der Richter den Stoff juristisch völlig beherrsche und sich der einzelnen erheblichen Punkte klar bewußt ist. Hierbei gelangt die wahre Virtuosität des Richters zur Geltung. Während die einzelnen Elemente des Streitfalles dem ungeübten Auge des Laien ein Haufen bunt durcheinander gewürfelter Steine bleiben, ordnen sie sich vor dem geistigen Auge des gereiften und geübten Juristen zum fertigen

[1]) Vergl. damit Kohler, Patentrecht S. 494 und Bähr, Rechtsmittel zweiter Instanz S. 45.

Digitized by Google

Mosaikbilde, in dem auch die unscheinbaren Steine ins rechte Licht treten, dessen Lücken durch das Fragerecht des Richters mit Geschick ergänzt werden können.

Diese überraschende Wirkung der juristischen Intuition wird jeder Kundige an sich selbst erfahren haben.

Aus dem richtig festgestellten und im Urteile klar wiedergegebenen Sachverhalte ergiebt sich dann die Entscheidung wie von selbst, wie das Krystall in scharfen, klaren Formen aus der wohlbereiteten chemischen Mischung hervorbricht. Ein „guter Thatbestand“[1]), d. h. die zutreffende Wiedergabe der thatsächlichen Ermittlungen und Feststellungen bedarf, wie jeder Praktiker weiß, nur weniger Entscheidungsgründe, weil eben die Thatsachen geistig gewissermaßen schon durch die Hechel der Entscheidungsgründe durchgegangen sind.

---

[1]) Über die Wichtigkeit desselben sind zu vergleichen Reichsgerichts-Entscheidungen (a. a. O.) II S. 406, 421, IV S. 431, X S. 75; Rocholl, Jurist. Wochenschr. 1883 S. 145 ff. und Die Rechtsprechung des Reichsgerichts S. 516, 530, 532; Wach, Prozeßenquete (Busch, Zeitschr. IX. Bd., Anlage) S. 154: „der hohe prozessualische und erzieherische Wert des Thatbestandes“ d. h. der Thatbestandsdarstellung im Urteile.

Deshalb ist die Reihenfolge in § 284 der C. P. O. Nro. 3, 4 und 5 („Darstellung des Sach- und Streitstandes“ — „Entscheidungsgründe“ — „Urteilsformel“) so durchaus zutreffend (s. Wengler, der Thatbestand S. 85). Es enthält dagegen meines Erachtens eine Verkennung, wenn man, z. B. nach der Regel der Geschäftsordnung des Reichsgerichts vom 8. April 1880 § 17 (bezeugt von H. Meyer, Protokoll und Urteil S. 45), die Entscheidungsformel an erste Stelle setzt und ihr Thatbestand und Gründe folgen läßt. Oft wird bei der Entwicklung des Sachverhaltes, insbesondere der Niederschrift desselben (auch bei bereits beschlossenen Landgerichtsurteilen!) der Richter selbst noch auf neue Gesichtspunkte geführt, welche nicht bloß das juristische Endergebnis beeinflussen, sondern auch zur Wiedereröffnung der Verhandlung veranlassen können. — Und falls etwa die Parteien darauf verfielen, etwas mehr vom Urteil zu lesen als die Entscheidungsformel, so würden ihre Gedanken doch in jener Reihenfolge am richtigsten geleitet.

Digitized by Google

Mit der Forderung einer Thatbestandsdarstellung tritt eine ganz besondere Aufgabe an den Richter heran, die, wie die Mühe der Anfänger [1]), ja auch geübterer Juristen beweist, so schwer zu erlernen ist und, wie Gaupp im Juristischen Centralblatt III S. 365 mit Recht bemerkt, eine Herrschaft über die Form voraussetzt, welche jenseits des bloß juristischen Könnens liegt.

Je vollkommener der Richter seiner Aufgabe, den Thatbestand zu ermitteln und festzustellen, nachgekommen ist, um so durchsichtiger und belehrender wird die Darstellung im Urteil ausfallen, die die Entscheidungsgründe schon, wie gesagt, durch sich selbst vorbereitet. Sie spiegelt jene Thätigkeit unmittelbar wieder und stellt die einzelnen Thatsachen in die richtige juristische Perspektive, so daß sich schließlich, wie von selbst, der umfassende Überblick gewinnen läßt. Diese Wiedergabe selbst aber erfordert, wie bereits angedeutet, Geschmack und Übung, die Kunst des Geschichtsschreibers, welche Goethe in „Wahrheit und Dichtung" mit

---

[1]) Bericht des Vorsitzenden der Prüfungskommission an den preußischen Justizminister vom 10. Februar 1880 im Justizministerialblatte 1880 S. 42. — Der Erläuterung dieser Aufgabe ist im wesentlichen die bereits bezeichnete Wenglersche Schrift gewidmet; desgleichen die erwähnte Schrift von H. Meyer. Vergl. Silberschlag, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 26 S. 726; v. Streich bei Gruchot, Beiträge Bd. 25 S. 237; Möller, ebenda Bd. 26 S. 192 und die bei Fischer, Arch. f. d. civ. Prax. Bd. LXX S. 354 und in Busch' Zeitschrift IX. Bd. S. 532—535 Aufgeführten. Auch von Ortloff, Gerichtliche Redekunst II 2. Abschnitt sagt der Bericht im Juristischen Centralblatt VII S. 129: „Der Verfasser betont die Notwendigkeit, der Auseinandersetzung des Thatbestandes die größte Sorgfalt zu widmen." Wenn dagegen Bähr, Jahrbücher für Dogmat. XXIII S. 426 sich gegen „den fetten Thatbestand und die mageren Entscheidungsgründe" erklärt und von „der nutzlosen Arbeit der Thatbestandsanfertigung" spricht, so bezieht sich das auf etwas anderes, da er ja andererseits die Bedeutung des „selbständigen Denkprozesses", den die Aufstellung des Thatbestandes fordere, in seiner Schrift: Reichsgerichtsurteile mit Besprechungen S. 232 voll zu würdigen weiß.

Digitized by Google

solch wunderbarem Feingefühl schildert, wenn er sagt: „Daneben trat das alte Vorurteil wieder ein, entspringend aus der Würde des gedruckten Buches, daß es nämlich einen didaktischen Zweck haben müsse. Die wahre Darstellung hat aber keinen. Sie billigt nicht, sie tadelt nicht, sondern sie entwickelt die Gesinnungen und Handlungen in ihrer Folge und dadurch erleuchtet und belehrt sie."

Eine bessere Anweisung für jüngere Juristen über die Anfertigung des Thatbestandes im Urteile wird man trotz aller „Formulare" meines Erachtens kaum finden.

Aber freilich soll der Richter nie über der schönen Form den richtigen Inhalt vergessen; der „Thatbestand" des Civilurteils darf kein schönes Phantasiegebilde werden, sondern hat vor allem der „realen Wahrheit", dem wirklichen Sachverhalte unter peinlichster Beachtung auch des unscheinbaren Parteivorbringens die Ehre zu geben!

§ 16.

III. Der Inhalt der richterlichen Mitwirkungspflicht.

1. Das Fragerecht (§ 130 der C. P. O.).

Nach diesem kann ich endlich in die Erörterung der gesetzlichen Bestimmungen der C. P. O., die richterliche Mitwirkung bei Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes betreffend, selbst eintreten. Dabei wird aber eine strenge Trennung der beiden Arten dieser Thätigkeit nicht mehr erforderlich sein, da es sich um Besprechung von Gesetzesworten, nicht mehr von allgemeinen Grundsätzen handelt.

Eine Fülle zweckdienlicher Vorschriften hat die

Digitized by Google

C. P. O. in den §§ 130—135, dem Hauptsitze derselben, aufzuweisen[1]). Von den in § 11 angegebenen Forschungsmitteln

---

[1]) Sonnenschmidt in Busch' Zeitschr. II S. 231 (und 378) erklärt sich von selbigen nicht befriedigt, während Wach, Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 332 und 333 sie „Excitationen zu Ausschreitungen" und „inquisitorische Fingerzeige" nennt. Die beste Einführung in die Handhabung der betr. Bestimmungen bleiben für den Praktiker noch immer Puchtas und Zinks angegebene Schriften, insbesondere die letztere als ein „durch Gelehrsamkeit und Geist gleich ausgezeichnetes" Werk (Pr. Justizminister Leonhardt). Mag man an Zinks Darstellung zu tadeln haben, daß sie die Mißstände der Praxis dem Gesetze selbst in die Schuhe schob („Zerrbild" — Wetzell — und „ekstatische Polemik gegen ein fingiertes Schauerbild des gemeinen Prozesses" — Wach); mag die eigentlich juristische Durchdringung des Stoffes hinter seinem lebhaften, warmherzigen Eifer zurückbleiben, immer sind Zinks Ausführungen so lange beherzigenswert, ja nötig, als die Praxis noch infolge mißverständlicher Übertreibung der Verhandlungsmaxime sich in freimütiger Anwendung jener Bestimmungen gefesselt fühlt und sich noch Schriftsteller finden, die sie davon abzudrängen versuchen.

Indem ich noch auf das in § 6 und § 15 a. A. bereits Vorausgeschickte zurückverweise, hebe ich als entschiedene Vorkämpfer einer kraftvollen Anwendung jener Bestimmungen oder doch des richterlichen Fragerechts folgende hervor: v. Canstein, Rationelle Grundlagen und in Busch' Zeitschr. II S. 297 (über seine Darstellung ist zu vergleichen die Kritik Endemanns bei Grünhut a. a. O. VI S. 444); Ude in ersterer Zeitschrift V S. 312; VI S. 419, 427; Klein a. a. O. S. 32, 129, 130 (s. den Auszug daraus unten); Heusler, a. a. O. LXII S. 209; Vierhaus in Busch' Zeitschr. II S. 378; auch Bähr, Jahrbb. für Dogmat. XXV S. 395 und 497; XXIII S. 407[1]; Reichsgerichtsurteile S. 226, 234 und 241 Anm. * (trotz seiner Äußerung S. 34 in „Noch ein Wort"); endlich auch Endemann — s. gleich unten.

Wegen der älteren Litteratur verweise ich auf Puchta a. a. O. und die dort Aufgezählten; Sintenis a. a. O. S. 371, 366 und die daselbst Angezogenen; ferner beispielsweise auf Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses S. 212; Bayer, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß S. 14; Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozesses § 3 und 7; Gönner a. a. O. I S. 184; Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses III. Aufl. 1878 S. 517; Maxen, Beweislast S. 67; Westerburg bei Gruchot, Beiträge 24. Bd. S. 196; v. Bar a. a. O. S. 33; Wach, Kritische Vierteljahrsschr. 1872 S. 331 ff.; Muther, ebenda IX S. 354 (Kontroverse

Digitized by Google

betreffen die Vorschriften der §§ 130 und 135 die wichtigsten, nämlich das richterliche Fragerecht und die richterliche Augen-

---

der „vier Doktoren"); Mittermaier a. a. O. S. 128; Leonhardt, Civilprozeßverfahren des Kgr. Hannover S. 105, 114; Seufferts Archiv XI 185; XII 312; XIII 74 und XV 128. — Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht 1868 I. Bd. S. 499: Das „Gegengewicht" gegen die Verhandlungsmaxime ist das Fragerecht; letzteres „bezeichnet die Hinneigung zur Offizialmaxime".

Von neueren Schriftstellern führe ich desgleichen beispielsweise und unter Vorbehalt der Wiedergabe von Auszügen an einschlagender Stelle an: Rintelen, Systematische Darstellung des Civilprozeßrechts I S. 77 und § 3 Nro. 1; v. Bülow, Kommentar II. Aufl. zu § 464 der C. P. O.; Wendt, Arch. f. d. civ. Prax. LXIII S. 264, 267; Struckmann und Koch, Kommentar V. Aufl. zu § 130 ff.; Wach, cit. Arch. LXIV S. 203 und Vorträge S. 41, 45, 48 (Es empfängt „der Richter den gesamten thatsächlichen Streitstoff von den Parteien — er [kann] weder Thatsachen amtlich ergänzen noch Beweismittel in den Prozeß einführen"), 54 (s. u.), 146, 149; Petersen, Kommentar I S. 336 (nur ein „förmliches inquisitorisches Verhör" sei unzulässig); Kleinfeller, Die Funktionen des Vorsitzenden S. 197 ff. („Das richterliche Fragerecht hat zwar das Offizialprinzip zur Basis, da aber kein Zwang ausgeübt werden kann, — so ist klar, daß § 130 nicht die Beseitigung der Dispositionsmaxime will, sondern für die Parteien nur eine von Amts wegen zu bietende Unterstützung bei Ausübung ihrer Dispositionsbefugnis bedeutet. Aus diesem Verhältnisse des § 130 zum Offizial- und Dispositionsprinzipe folgt, daß der Vorsitzende nicht Anträge und Thatsachen zu supplieren hat"); Förster, Kommentar S. 218 sagt (nach Kleinfeller a. a. O. S. 207 — die Schrift selbst stand mir nicht zur Verfügung —) „der Vorsitzende sei nicht berechtigt, über die Klarstellung des von den Parteien thatsächlich vorgebrachten Streitmateriales hinaus die Erörterung über Thatumstände zu veranlassen, die nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind". Bolgiano, Handbuch des Civilprozesses S. 51 und 42; Fitting, Reichscivilprozeß S. 72.

Obwohl ich nun durchaus nicht verkennen will, daß die neueren Schriftsteller — und um diese kann es sich bei dem neuen Gesetze eigentlich nur handeln — die Wichtigkeit der betr. Bestimmungen keineswegs übersehen, so leiden doch ihre Darstellungen vielfach daran, daß sie die daraus hervorgehenden Pflichten des Richters einerseits durch ungehörigen Gebrauch von Fremdwörtern und zu allgemein gehaltene Auslegungsregeln verschleiern, andererseits zu ängstlich verklausulieren, nicht als die zweite bewegende Kraft des Verfahrens herausstellen

Digitized by Google

scheinseinnahme, deren Zusammenhang auch Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht I S. 499[6] u. v. Bar in v. Holtzendorffs Encyklopädie S. 728[1] betonen.

---

und dadurch die richterliche Hand im Einzelfalle unsicher und zaghaft machen. Manche Darstellungen sind gewiß auch von dem durch mich vertretenen Standpunkte aus keineswegs unzutreffend; aber man würde sie von meiner Auffassung ausgehend ganz anders lesen und verstehen. Als ein deshalb auch ausführlicher mitzuteilendes Beispiel greife ich diejenige in dem vielgebrauchten Kommentare v. Wilmowskis und Levys (III. Aufl. S. 11, 165) heraus: „Zur Vermeidung von Ausschreitungen dieses Grundsatzes, wenn derselbe in starrer Strenge zur Ignorierung naheliegender anderweiter Verhältnisse oder zur Nichtaufklärung offenbarer Dunkelheiten führen müßte, ist dem Gerichte ein ausgedehntes Fragerecht eingeräumt. Dasselbe soll jedoch nur zur Erläuterung unklarer Anträge und zur Ergänzung und Feststellung des von den Parteien vorgebrachten Sachverhältnisses dienen, und nicht zu Inquisitionen von Amts wegen mißbraucht werden." — Die Befugnisse des Richters aus § 130—135 „sollen dazu dienen, das Erkennen der wahren Willensmeinung der Parteien nicht durch eine übertriebene Rücksicht, nur die Parteien reden zu lassen, zu erschweren. Sie sollen jedoch nicht eine Inquisitionsmaxime einführen und nicht angewendet werden, um eine absolute Wahrheit außer dem Vorgetragenen zu ermitteln; sondern sie sollen nur zur Aufklärung und Feststellung des Vorgetragenen helfen. Die Verhandlungsmaxime (richtiger wohl 'Dispositionsmaxime') ist für die C. P. O. maßgebend. Die Parteien haben das Dispositionsrecht sowohl darüber, über welchen Streitgegenstand und in welchen Beziehungen sie eine Entscheidung des Gerichts verlangen wollen (§ 279), als auch über die thatsächlichen Verhältnisse, welche sie als der Entscheidung zu Grunde liegend und als wahr bezw. streitig betrachtet wissen und vorbringen wollen. In der letzteren Beziehung auf den für die Entscheidung über die Parteianträge maßgebenden Prozeßstoff ist dies in der C. P. O. zwar nicht durch einen ausdrücklichen Rechtssatz ausgesprochen; es ist indessen überall vorausgesetzt — und dem Gerichte ist keine Befugnis zu einer Inquisition gegeben, welche weiter führte als zur Aufklärung dessen, was die Parteien wirklich vorgebracht haben." An einer Stelle (Jurist. Wochenschrift 1884 S. 329) äußert sich v. Wilmowski folgendermaßen: „Die C. P. O. beruht grundsätzlich auf der Verhandlungsmaxime und will nicht durch Inquisition gegen die Parteien zum Siege materieller Wahrheit Behauptungen und Mitteilungen provozieren, welche die Parteien selbst nicht vorzubringen beabsichtigen."

Digitized by Google

§ 130 bestimmt in Verbindung mit § 127 Abs. 3: „Der Vorsitzende hat durch Fragen darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, **überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben** werden", und „der Vorsitzende — hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde[1])."

Zunächst ist durch das „hat" eine gemessene Pflicht, nicht nur ein Recht bezeichnet, eine Amtspflicht unabhängig vom Begehren oder von Anträgen einer oder der Parteien.

Der erste Teil dieser gesetzlichen Vorschrift bezieht sich auf die Ermittlung dessen, was die Parteien vorbringen wollen, — s. § 2 und 8; der zweite aber geht darüber hinaus und

---

[1]) Hannoversche Bürgerliche Prozeßordnung § 111: „Durch sachgemäße Fragen ist dahin zu wirken, daß eine klare Ansicht der den Parteivorträgen zu Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse sowie der Anträge der Parteien gewonnen werde."

In Anordnung der Fragepflicht ist zugleich die willkommenste Handhabe gegeben, daß nichts „schriftlich Angekündigtes" bei der mündlichen Verhandlung vergessen werde, was Bähr, Rechtsmittel zweiter Instanz S. 50 zu verkennen scheint, wenn er dadurch [§ 125 des „Preußischen Entwurfes"] keine Pflicht angeordnet findet. Sorgen die Parteien also für genügende schriftliche Vorbereitung, so ist besonders in Hinblick auf § 146 und 270 (470) der C. P. O. die Gefahr des spurlosen Verhallens von nur mündlich Vorgebrachtem doch erheblich eingeschränkt. Auch hat jedenfalls der beisitzende „Referent" dieselbe Pflicht und kann sie durch Fragen nach Abs. 3 § 130 ausüben, nötigenfalls auch einen Gerichtsbeschluß auf Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142) veranlassen. Den ganzen Paragraphen nur auf das mündlich Verhandelte zu beziehen, wäre irrig: steht etwas „Erhebliches" lediglich in den Schriftsätzen, sollen aber andererseits die „erheblichen Erklärungen" von den Parteien erhoben werden, so muß auf die Schriftsätze, deren Kenntnis dem Gerichte ja zugänglich ist, zurückgegriffen werden! So u. a. auch Bolgiano, Handbuch des Civilprozeßrechts S. 48[7]; ähnlich Berend, Zeitschr. f. Hannoversches Recht V, S. 354.

Digitized by Google

fordert Ermittlung dessen, was sie vorbringen können an Thatsachen und an Beweismitteln, und mildert durch letztere Bestimmung alle etwaigen Härten, die trotz des oben Bemerkten in der Aufgabe der Parteien, den „Beweis anzutreten" noch liegen möchten.

Der Richter soll nachfragen, unerbittlich und bis ins einzelnste nachfragen — im üblichen Deutsch: „inquirieren"![1]) — den Parteien durch Kreuz- und Querfragen auf den Leib rücken, ihnen bei ihrem Vorbringen nachgehen, dasselbe alsbald auf seine Glaubwürdigkeit und Schlüssigkeit kontrollieren, unter Umständen die Parteien den Inhalt ihrer Abmachungen Wort für Wort mitteilen lassen. Er soll sie zum Ergänzen derselben und zur Mitteilung der begleitenden Umstände und sozusagen der ganzen

---

[1]) Wach, Vorträge S. 54: das Fragerecht „ist Informations-, nicht Inquisitionsmittel". Wie man damit die Bemerkung S. 172 vereinigen soll, ist mir unklar: „Es wird ihm [dem Richter] verstattet werden müssen, mit der Partei, welche schwören soll, kraft seines Fragerechts ein Examen darüber anzustellen [dann erst?!], ob sie in der That Wissenschaft oder Überzeugung von der zu beeidigenden Thatsache hat. Dieses Examen kann das Resultat haben, daß der Richter vom Gegenteile des Eidesthemas überzeugt wird." Und das soll nicht „inquisitorisch" sein?! — Hier noch ein Zusatz. Wach sagt in der Vorrede zu diesen seinen „Vorträgen", sie könnten „Anspruch auf wissenschaftlichen Wert — nicht machen." Bei einer Bekämpfung der darin ausgesprochenen Meinung wäre deshalb die Ausrede möglich: „Das darf nicht auf die Goldwage gelegt werden, sollte von vorneherein einer wissenschaftlichen Prüfung nicht standhalten." Ich teile offen gesagt diese wohl allzu bescheidene Ansicht keineswegs — und die meisten Leser der „Vorträge" werden ebenso denken, wie v. Amsberg (Arch. f. d. civ. Prax. LXV S. 104[26]), der sie „meisterhaft" nennt. Wäre sie aber zutreffend, dann würde mir die das ganze Buch durchziehende Abneigung gegen eine freimütige richterliche Mitwirkungspflicht ein um so wertvolleres Beweisstück sein, weil eben sie die Grundanschauung des Verfassers unbewußt verrät. Und gerade eine solche muß vor allem als die eigentlichste Gefahr für jene Pflicht betrachtet werden, weil sie ein Sauerteig ist, der den ganzen Teig durchsäuert.

Digitized by Google

Umgebung, des geschichtlichen Zusammenhanges des streitigen Rechtsverhältnisses veranlassen, weil darauf vom Richter gar nicht genug Gewicht gelegt werden kann.

Aus diesen begleitenden Umständen kann ja so oft erst die Absicht der Parteien bei der Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses ersehen werden. Wohl weniger die Theorie (vergl. beispielsweise Windscheids vorsichtige Fassung der Lehren a. a. O. in § 375 a. A. und § 378 a. A.) als die Praxis — diese allgemeinere Bemerkung möge hier eingeschaltet werden dürfen — verfehlt hier bisweilen das richtige Ziel mit einer allzu schematischen Anwendung der Rechtskategorien, statt, wie die römischen Juristen, die Einzelheiten eines jeden Falles zu prüfen. Fr. 4 de periculo: „Et interereit, quid actum sit; ego autem arbitror, si hoc in occulto sit, debere dici“ ect.; fr. 80 § 2 de contrah. emtione: „Primum sequendum esse, quod appareret actum esse; quod si in obscuro esset“ —. Beispiel: ein Mieter zieht vor Ende der Mietzeit aus und nimmt die Schlüssel mit; er kann dafür einen vernünftigen Grund haben, kann es aber auch nur aus nicht durchzulassender Chicane thun. Mit einfacher Anwendung des Satzes, er brauche die gemietete Sache erst mit Ablauf der Mietzeit herauszugeben, kommt man nicht aus.

Der Richter soll den Parteien Widersprüche und Unglaubwürdigkeiten vorhalten und sich nicht etwa mit einem höhnischen: „Ich bestreite alles insgesamt und im einzelnen“ abspeisen lassen. Die Partei kann statt dessen immer mehr Aufklärung geben und soll es deshalb auch.

Das alles liegt in dem Willen des Gesetzes, daß alle erheblichen Erklärungen gefordert, daß die Sache „erschöpfend“ erörtert werden solle. Ich verweise hier auf das oben § 2 bereits mitgeteilte Erkenntnis des Reichsgerichts (a. a. O. VIII

Digitized by Google

S. 372) und die ebendort angeführte Bemerkung Muthers; weiter aber darauf, daß dieser hohe Gerichtshof — entschieden einer der Glanzpunkte seiner Rechtsprechung! — die Rechtshandhabung unabläßig auf ausgiebige Anwendung des Fragerechts hingewiesen hat (a. a. O. VI S. 358; VII S. 368; IX S. 419; X S. 46, 169, 175, 405; XII S. 141, 402; XVI S. 418; XVIII S. 190. Vergl. auch Seufferts Archiv Bd. 38 Nro. 265, 344; und Gruchot, Beiträge Bd. XXVII S. 1072, 1073; XXVI S. 847; XXX S. 1124; v. Wilmowski, Jur. Wochenschrift 1884 S. 329).

Daß damit aber der Boden der Bestimmungsfreiheit und Selbstverantwortlichkeit der Parteien nicht verlassen ist, zeigen einerseits die Gesetzesworte „Angaben der [von den Parteien aus eigenem Ermessen] geltend gemachten Thatsachen" und folgt andererseits daraus — worauf Kleinfeller a. a. O. mit Recht hinweist —, daß sich der Richter dabei zu bescheiden hat, die Erklärungen durch die Parteien abgeben zu lassen: trotz seiner Aushülfe und Mitwirkung sind sie also befugt, sich und damit das Gericht auf das von ihnen Vorgebrachte zu beschränken. Handelt es sich doch eben um Fragen und Antworten — also ein Entgegnen nach dem im Grunde freien Entschlusse und freien Ermessen der Partei (Demelius, Konfessio S. 365[3])! Das ist schon oben (§ 5) auseinandergesetzt; nur daß sich bei den Gegnern zur Verdunklung der Sache immer wieder der alte Irrtum (§ 6) einschleicht, als ob die Verhandlungsmaxime bezw. das Selbstbestimmungsrecht der Parteien auch das Ausfragen einer Partei, das den Bestrebungen der anderen nachhilft, verhinderte!

Bevor ich zu Einzelheiten übergehe, möchte ich auch hier einen wörtlichen Auszug und zwar aus Klein (a. a. O. S. 128, 129) mitteilen, dessen Ansicht über die Lügenstrafe bereits § 6 erwähnt

Digitized by Google

ist; er sagt: „Wo der Staat sich die Richterfunktion als eine nahezu ausschließliche beilegt, ist er daran erheblich interessiert, daß seine Gerichte bestehenden Streit gerecht entscheiden. Und solcher gerechten — soweit Menschenwitz dies vermag — Entscheidung erste Bedingung ist die wahrheitsgemäße Feststellung der Urteilsgrundlagen. — In der Anerkennung und kräftigen Durchführung dieses Satzes mittelst eindringlicher materieller Prozeßleitung — liegt ein Vorzug der modernen Prozeßgesetzgebung. Gerade aber die Feststellung des wahren Sachverhältnisses wird durch die Lüge im Prozesse unendlich erschwert, und die Rechtsordnung kann daher, will sie nicht ihre eigenen Ziele verleugnen und deren Erreichung sich verhindern, der Lüge im Prozesse nicht kühl bis ans Herz hinan gegenüberstehen. Für die Realisierung dieser Wahrheitspflicht stehen nun zwei Wege offen: die Aufnahme einer intensiven richterlichen (materiellen) Prozeßleitung und die Bedrohung der Kontravention des Lügenverbotes mit Strafen. Eine solche Prozeßleitung — mag sie auch, wie im Reichscivilprozesse, in erster Linie dem Wahrheitszwecke als Prozeßzwecke dienen — ist nebenbei immer staatliche, gerichtsseitige, direkte Realisierung der Pflicht zur Wahrhaftigkeit. Denn es ist Betonung dieser Pflicht, wenn das Gesetz erklärt, die Unwahrheit nütze der Partei nichts und schütze sie nicht vor dem unerbetenen Nachforschen des Richters und vor Berücksichtigung notorischer Umstände. Nur der ihr obliegenden Wahrheitspflicht wegen hat die Partei keinen Anspruch darauf, daß sich der Richter mit ihrer vielleicht künstlich vieldeutigen Behauptung begnüge, sondern muß es zulassen, daß das Gericht auch wider ihren Willen zergliedere, aufkläre, undeutliche Punkte frageweise hervorhebe und die Wahrheit durch selbständige Heranziehung von Beweisen ausfindig mache. Es sollte jedoch dem Richter — schon aus sozusagen prozeßerziehlichen

Digitized by Google

Gründen — die Möglichkeit nicht benommen sein, aufgedeckte bewußte Wahrheitsverletzungen außerdem mit einem Strafnachteile zu belegen. Denn es scheint zu den Aufgaben jeder Prozeßgesetzgebung zu gehören, der Partei den Entschluß zum gesetzwidrigen prozessualischen Verhalten möglichst zu erschweren."

Des näheren wäre noch über die Wichtigkeit und Bedeutung des Fragerechts, auf welche auch die Begründung des Gesetzes S. 133 hinweist, etwa folgendes zu sagen.

Soll zur Abgabe von „erheblichen Erklärungen" aufgefordert werden, so ist das praktisch nicht anders möglich, als daß zunächst auf die vom Gerichte als leitend angenommenen rechtlichen Gesichtspunkte im voraus hingedeutet wird — eine wahre Wohlthat für den Rechtsverkehr! ferner, daß auf gerichtsbekannte, aus den Schriftsätzen bekannte (Anm. 1 S. 106) oder auch richterlicherseits nur vermutete Thatsachen hingewiesen wird, welche bis dahin nicht vorgebracht sind. Der Richter soll „den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüberstehen". (Motive a. a. O.) Es läßt sich also von hier aus auch die lebhaft erörterte Streitfrage[1]) entscheiden, inwieweit der Richter die sog. „gerichtskundigen" („bei dem Gerichte offenkundigen") Thatsachen (C. P. O. § 264) und sein eigenes Privatwissen in den Prozeß hineinziehen dürfe. Denn gerade hier wird eine freimütige Handhabung des Fragerechts den Hebel anzusetzen haben, um den bösen Willen, der leider so

---

[1]) Langenbeck in Busch, Zeitschr. IV S. 470 ff.; von Canstein, ebenda II S. 302, 354; Zink a. a. O. S. 83; Puchta a. a. O. S. 104, 106; Wendt, Arch. f. d. civ. Prax. LXIII S. 267; Petersen a. a. O. II S. 88; Planck a. a. O. S. 435, 446. Nicht ganz klar ist mir Kohlers Ansicht (Kritische Vierteljahrsschr. XXII S. 373): „Bezüglich der Notoria cessiert die Verhandlungsmaxime überhaupt" — bei Ermittlung sowohl wie bei Feststellung des Sachverhaltes? S. weiter unten, insbesondere den Auszug aus Planck S. 447.

Digitized by Google

oft seinen Tummelplatz im Prozesse sucht und findet, gründlich über den Haufen zu werfen. — Ich will hier zunächst auf einen älteren Schriftsteller zurückgreifen, auf Sintenis, welcher in seinen mit viel praktischem Blicke verfaßten „Erläuterungen zu Lindes Lehrbuch" folgendes bemerkt.

Der Richter solle Thatsachen, die ihm bekannt, den Parteien aber unbekannt [genauer gesagt, wenigstens von ihnen nicht vorgebracht sind[1])] nicht „in den Prozeß einführen". Das ist richtig, soweit dies etwa hinter dem Rücken der Parteien oder auch nur der einen (§ 5), d. h. nicht während der Wechselverhandlung in den Terminen geschieht, ohne daß ihnen also Gelegenheit zur Erörterung gegeben wäre, sondern ganz unvermutet erst im Urteile. Sintenis hält es denn auch selbst für nötig, hinzuzufügen: wenn das „zu Absurditäten und Lächerlichkeiten führen würde", so dürfe der Richter „ein Veto einlegen [wie soll er das machen?], um das Richteramt nicht offenbar mißbrauchen zu lassen" (S. 497), womit S. 535 zu vergleichen ist, wo er die Verwertung vom „Privatwissen" des Richters dann gestatten will, wenn dadurch „Nichtigkeiten des Verfahrens" vermieden werden könnten. Sehr treffend ist dann folgende Äußerung: „Hier liegt nun aber die Frage sehr nahe, ob der Richter in Fällen der Art die Parteien amtlich oder privatim darauf aufmerksam machen dürfe, was ihm bekannt ist?

---

[1]) Eine Bemerkung aus dem Leben. — Die meisten Parteien nahen dem Richter in dem wunderlichen, aber immerhin begreiflichen Wahne, daß selbiger alle ihre Verhältnisse, insbesondere die in den Prozeß einschlagenden kenne. Nicht einmal ihren Namen zu nennen halten sie bisweilen für nötig! Aus diesem Irrtum heraus vergessen sie oft, dasjenige oder vieles von dem vorzutragen, was für die Sache selbst vom hauptsächlichsten Werte wäre. Daß der Richter ihnen dabei „inquisitorisch" entgegenzukommen hat, ist eigentlich zu selbstverständlich, als daß es des Beweises bedürfte. Und das muß erst vollends gelten, wo der Richter die betr. Umstände zufällig amtlich oder persönlich kennt.

Digitized by Google

Es ließe sich etwa der Vorwurf der parteiischen Begünstigung Eines streitenden Teiles aufstellen. Doch aber träfe der hier nicht. Es geschieht ja damit dem anderen kein Unrecht; es ist kein Rat." (Weiteres S. 531 ff. 540.) Auch bemerkt er, man müsse den Richter nicht zum Totschweigen offenkundiger Thatsachen verdammen, damit er nicht zu einer Maschine wird, „die gleich einer Sägemühle wirkt!" und erteilt schließlich den guten Rat (S. 538), der Richter möge sich nötigen Falls selbst als Zeuge benennen. Vergl. Puchta a. a. O. S. 84, auch Eck, Die neue deutsche Civilprozeßordnung S. 29.

Weshalb soll der Richter ängstlich abwarten, ob nicht eine Partei auf den Gedanken komme, sich auf sein notorisches Wissen zu berufen? Gewiß steht ihm das Recht zu, wie Sintenis sich schließlich nicht verhehlt, solche Thatsachen selbst seinerseits „in den Prozeß einzuführen" — im schriftlichen konnte er es nur eigentlich nicht —, wenn dies nur unter Kontrolle der mündlichen Verhandlung geschieht, wie mit Recht schon von Puchta (a. a. O. S. 101 und 85) nachdrücklichst betont wird. Wollen die Parteien dann die ihnen vorgeführten Thatsachen beide nicht verwerten, nicht zur Urteilsgrundlage werden lassen, so würde er allerdings sein Urteil auf einen lückenhaften Thatbestand nach dem „habeant sibi!" gründen müssen. Noch weiter geht in dieser Beziehung Planck a. a. O. S. 447: „Die — bei dem Gerichte offenkundigen Thatsachen — bedürfen keines Parteiantrages zu ihrer Benutzung, weil ihre Beachtung ohnehin von den Parteien, die sich an diesen vom Staate mit Rücksicht auf diese Eigenschaften und Kenntnisse angestellten Richter gewandt haben, erwartet werden darf und muß. Sie bedürfen ebensowenig des Beweises" —. (Vergl. Gruchot, Beiträge XXIX S. 898.) Handelte der Richter anders, so würde er bewußt ein

Digitized by Google

unzutreffendes Urteil abgeben, also „eine Absurdität und Lächerlichkeit" schaffen, was doch gegen das Prozeßziel, das „jus publicum" im Sinne der const. unica C. II, 11 verstoßen würde. An einem anderen Punkte, bei Würdigung der Glaubhaftigkeit der Zeugen, wird doch jedenfalls die amtliche Verwertung solcher Kenntnisse nicht als bedenklich betrachtet; und anwendbar erscheint sie ferner bei Prüfung der Glaubwürdigkeit der Parteien selber, worauf — im Gegensatze zu dem engeren Wortlaute des § 259 der C. P. O. („gesamter Inhalt der Verhandlungen") — die doch noch weit mehr in den alten strengen Beweisregeln befangene Hannoversche Prozeßordnung (§ 300) bei Auferlegung des richterlichen Eides hinwies: Das richterliche Ermessen solle „durch die Glaubwürdigkeit der Parteien nach ihrem Lebenswandel, Ruf und Verhalten im Prozesse" bestimmt werden.

Das Gesagte gilt aber auch von dem „Privatwissen" des Richters. Es bedarf wohl bei Prüfung der Frage, ob eine von einer Partei bestrittene Thatsache dem entgegen endgültig d. h. im Urteile als offenkundig anzusehen sei, der Partei also das richterliche Wissen aufgenötigt werden dürfe, einer sorgfältigen Unterscheidung, ob es sich um eine Thatsache, die unter § 264 der C. P. O. fällt, handle oder nicht. Davon wird hier aber nicht gesprochen, sondern es fragt sich nur, ob auch eine dem Richter außerdienstlich bekannte Thatsache den Parteien zur Verwertung für die Urteilsgrundlage mitgeteilt und empfohlen werden solle. Dies ist ganz gewiß nicht zu verneinen. — Aber auch die Entscheidung über erstere Frage ist lediglich aus dem Taktgefühle des Richters heraus und für jeden einzelnen Fall zu treffen. Mit Recht bemerkt v. Sarwey in seinem Kommentar zur C. P. O.: „Es ist nicht möglich, die Gerichtskundigkeit — in eine bestimmte Formel zu fassen oder kasuistisch zu bezeichnen, was

Digitized by Google

notorisch ist[1])." Fühlt sich der betreffende Richter in seinem Wissen nicht sicher genug oder glaubt er sich dadurch „befangen" oder hätte er bereits bei der Verhandlung auf das eigene außerdienstliche Wissen Bezug genommen, welches dann die eine oder andere der Parteien nicht gelten lassen wollte, so wird er sich — zumal in kollegialgerichtlichen Fällen — unter Darlegung des Sachverhaltes „ablehnen" (§ 48 der C. P. O.) und seine Benennung als Zeuge abwarten. Eine weit bessere Gewähr gerechter Urteilsfindung als die „Verhandlungsmaxime"!

Der Richter darf den Parteien zurufen: „Wie können Sie das bestreiten, was ich selbst mitangesehen habe!?" und dann prüfen, ob gegen diese Einmischung seiner eigenen Beobachtung etwas Verständiges vorgebracht wird, was ihn selbst irre oder schwankend machen oder als „befangen" hinstellen könnte. „Hat der Richter Kopf und Herz am rechten Ort, so wird der Prozeß in einer Minute fertig sein: 'ich selbst habe es gesehen und gehört; was bedarf ich weiter Zeugnis?' Gehört er aber zu den Richtern der alten Doktrin, so wird er sagen: „die Verhandlungsmaxime gestattet mir nicht, mich an das Selbsterlebte zu erinnern" u. s. w. So Heusler a. a. O. S. 270. Und dagegen lese man nun Wach, Vorträge S. 155: „Die eigene, private Wissenschaft zu benutzen ist dem Richter nicht verstattet. Er würde gröblich seine Unparteilichkeit verletzen, sich den gerechten Zurechtweisungen der Parteien [?] aussetzen, wenn er in der münd-

[1]) Die Unterscheidungen, die v. Canstein bei Busch, Zeitschr. II S. 304 giebt, lassen sich meiner Ansicht nach praktisch nicht verwerten; Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht II S. 702 verweist auf das „verständige Ermessen des Richters". — Siehe auch noch Reichsgericht, Entscheidungen (a. a. O.) XVII S. 271.

Daß ein Mitglied eines Richterkollegs nicht nach Schluß der Verhandlungen seine Ansicht den anderen Richtern als „offenkundig" aufdrängen darf, sollte selbstverständlich sein.

Digitized by Google

lichen Verhandlung sich einfallen ließe zu erklären: 'Ich habe es selbst gesehen; was bedarf ich weiteres Zeugnis?' Und ebenso gröblich verletzt er das Gesetz, wenn er in den Gründen ausführt [dann allerdings! s. o.], daß die Beweismittel der Parteien für ihn ohne Überzeugungskraft gewesen, da er aus eigener Kenntnis von der Sache des Gegenteils gewiß sei."

Es ist hier noch verschiedenes zu beachten.

Zunächst, daß man so oft bei Handhabung des Rechts auf das Taktgefühl des Richters an Stelle der Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes oder gar nur eines Prozeßgrundsatzes, eines „gesetzgeberischen Gedankens", angewiesen ist — Fälle, die dem Unerfahrenen oder nur theoretisch Gebildeten oft recht störend und beängstigend sind. Ich erinnere an die jedem Vormundschaftsrichter geläufige Frage, ob er einen Vormund zu irgend einer Handlung z. B. Erstattung vernachlässigter Zinsen durch Androhung von Ordnungsstrafen — also eventuell nur Beschwerdeweg — oder durch Klage seitens eines dazu bestellten Mündelvertreters zwingen soll — also mit der Möglichkeit völliger, doppelseitiger Prozeßverhandlung. (Vergl. die interessante Parallele bei Planck a. a. O. S. 247.)

Sodann, daß die gegenteilige Auffassung im Interesse einer allgemeinen Prozeßmaxime einen Hauptvorteil des mündlichen Verfahrens unversehens unterdrückt, die Möglichkeit einer Verhandlung und Besprechung zwischen Gericht und Parteien über die Verwertung und Würdigung von Thatsachen und Beweisen, die auch gerade die Schärfen einer allzu freien Beweiswürdigung abstößt. Werden den Parteien nämlich die Schlußfolgerungen, die das Gericht auf Grund der freien Beweiswürdigung zu ziehen geneigt ist, angedeutet oder ausdrücklich nahegelegt, so haben sie eine für die gerechte Sachentscheidung sehr erwünschte Gelegenheit, sich rechtzeitig dagegen zu wehren und

Digitized by Google

sich vor Überraschungen im Urteile zu sichern; oder es wird andererseits ohne weiteres klargestellt, daß sie nichts dagegen vorzubringen vermögen. Beides ein außerordentlicher Gewinn der vollen, aber allerdings auch schon der „halben Mündlichkeit" (Bähr).

Endlich ist zu beachten, daß auch die „Gerichtskundigkeit" fortdauernden thatsächlichen Schwankungen von selbst schon unterworfen ist. Der eine Richter der betr. Behörde kann eine Thatsache als offenkundig annehmen, wo ein anderer, der etwa nur zeitweilig zur Vertretung beordert ist, dazu nicht in der Lage ist. Beispiel bietet die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners bei Bürgschaft (Windscheid a. a. O. § 478 Nro. 3). Der ständige Richter kennt den Betreffenden als verlumpten Krämer, dessen Laden beständig leer, gegen den Zahlungsbefehl nach Zahlungsbefehl erlassen wurde und bei dem Zwangsvollstreckung auf Zwangsvollstreckung sich häufte.

Wer will da irgend eine feste, allzeit brauchbare Regel geben? —

Es sind ferner, um auf die Besprechung des Fragerechts zurückzukommen, die näheren Umstände der behaupteten Rechtshandlungen und -ereignisse und ihr Zusammenhang untereinander zu erforschen. Denn die „Erheblichkeit" einer vorgebrachten Thatsache läßt sich nur unter solcher Voraussetzung würdigen; bis dahin ist sie „ungenügend angegeben". Man denke beispielsweise daran, daß es versucht würde, eine einzelne Forderung aus einem Gesellschaftsverhältnisse geltend zu machen. (Reichsgericht, Entsch. a. a. O. XIII S. 230.) Der Richter hat also zu „inquirieren" und nötigen Falls auch zu „supplieren", vorbehaltlich der Verwertung durch die Parteien, und zwar weit über das von ihnen aus eigenem Antriebe Vorgebrachte hinaus; er soll ihnen Gelegenheit geben, auch über die fernerliegenden, aber mit dem Vorgebrachten in Beziehung stehenden Um-

Digitized by Google

stände zu verhandeln. Es ist Pflicht des Richters, der Partei, soweit sie mit ihrem Gegner in Streit ist, soweit dieser ihr den ursprünglichen Sachverhalt verdrehen will, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln der Wahrheitserforschung, vor allem einem recht eindringlichen Fragen zu Hülfe zu kommen. Und wenn es keine wirkliche „Wahrheitspflicht" giebt, so doch noch weniger ein „Lügerecht", obwohl dieses von der ungezählten Schar fauler Schuldner, die zweifellos die Hauptmasse der gerichtlich Belangten stellen, in Anspruch genommen wird: der Richter braucht also vor der frechen Thatsachenverdrehung nicht still zu stehen, sondern darf durch gründliches Nachfragen, wie jeder verständige Mensch in sonstigen Verhältnissen (vergl. Abegg a. a. O. S. 134), die leugnende Partei überführen und der widerwärtigen, leider so häufigen Spekulation den Garaus machen, welche durch hartnäckiges Leugnen oder beliebige Ausflüchte dem guten Rechte des Gegners ein Schnippchen zu schlagen versucht. Wie oft ist es mir persönlich vorgekommen, daß die Beklagten schleunigst bei dem Gegner um „gut Wetter" bitten, sobald sie nur merken, daß sie beim Richter für ihre faulen Behauptungen kein geneigtes Ohr finden!

Es ist richterliche Pflicht, der ratlosen Partei, der der Gegner auf Fragen nicht zu antworten braucht — vergl. C. P. O. § 129 — mit Fragen seinerseits, auf deren ungenügender Beantwortung dann der Verlust der Glaubwürdigkeit steht, zu Hülfe zu kommen. Beispielsweise giebt Kläger seinem Gegner schuld, daß er ein unbestritten erfolgtes Übertreten von Weidevieh auf seine, des Klägers, Grundstücke dadurch veranlaßt habe, daß er die eigene Weide zu stark betrieb. Kläger hat keine Zeugen, kann auch die Zahl der Tiere des Gegners nicht angeben, obwohl sich daraus, verglichen mit dem Umfange der Weide, die Richtigkeit

Digitized by Google

seiner Behauptung ergeben würde. Soll der Richter hier den Beklagten nicht nach der Zahl fragen? — Oder Kläger hat einen Schatz alter Münzen gefunden, der ihm aber sofort vom Grundstückseigentümer aus der Hand genommen ist; letzterer hat die Münzen veräußert. Soll der Richter nicht fragen dürfen: „Zu welchem Preise"? um den Kläger nicht rechtlos zu lassen? Oder hält man es für besser, daß der Kläger, der ja so wie so schon zu einer bestimmten Klagbitte gezwungen ist (Anm. 1 S. 11), eine beliebige Summe aus der Luft greift und dem Gegner dann den Eid zuschiebt, „daß er diesen Erlös oder wie viel weniger erzielt habe"?!

Diese Beispiele führen mich auf etwas anderes, wobei der innige Zusammenhang von Fragerecht und freier Beweiswürdigung sich geltend macht. Ich halte sogar dafür, daß das Gericht nach Lage der Sache, wo eine Auskunftsverweigerung, eine Nichtmitwirkung zur Aufdeckung des ursprünglichen Sachverhaltes hämisch und ein Mißbrauch der „Befugnis zu bestreiten" wäre, solche Auskunft und Mitwirkung bei Meidung ungünstiger Beweiswürdigung ausdrücklich verlangen kann. Man vergleiche über diese „Pflicht zur Auskunftserteilung"[1]) Planck a. a. O. S. 242 und folgende Fälle. Kläger setzt von seiner Forderung „70 M. der Gegenforderung" des Beklagten ab. Dieser stellt eine genaue

[1]) Einen unzweifelhaften Fall, wo die Partei verpflichtet ist, auch gegen sich Beweismaterial zu beschaffen, hat das Gesetz in dem sog. Urkundenedition sverfahren — § 386 ff. der C. P. P. —. Beiläufig verweise ich hier auch noch auf Heinze, der im „Gerichtssaal" Bd. 28 S. 587 über den Strafprozeß bemerkt: „Jede unbillige Benachteiligung des Angeklagten [wird] ferngehalten, wenn man den englischen Grundsatz auch hier gelten läßt, nemo tenetur prodere se ipsum, d. h. wenn man dem Angeklagten das Recht einräumt, die Antwort zu verweigern." Mehr geschieht hier auch nicht!

Digitized by Google

Rechnung für Gegenanspruch auf, welche sich jedoch mit vielen verschiedenen Posten auf 100 M. beläuft. Kläger bestreitet diese rundweg und weigert sich anzugeben, welche Posten derselben er unter den zugestandenen 70 M. gemeint. — Kläger fordert 100 M. als Restpreis einer Reihe käuflicher Lieferungen, auf die bereits verschiedene Abschlagszahlungen mit 100 M. im August, 50 M. im September, 70 M. im Oktober des verflossenen Jahres geleistet sind und die deshalb abgesetzt werden. Beklagter weigert Zahlung, weil er auch schon den Rest bezahlt und legt Quittung des Gegners über 100 M., im November jenes Jahres bezahlt, vor. Kläger behauptet, diese sei über die Zahlung im August ausgestellt, der Monatsname nur verschrieben; da nur gegen Quittung gezahlt sei, so müsse Gegner, falls dessen Angabe richtig sei, auch eine Quittung über die August-Zahlung besitzen. Weil ein Editionsantrag des Klägers hier selbstredend unmöglich ist, so fordert der Richter vom Beklagten, der zugiebt, immer nur gegen Quittung gezahlt zu haben, Vorlegung der Quittung aus August und wird seine Beweisschlüsse ziehen, wenn Beklagter dem nicht nachkommt. — Wenn eine Partei ihren Namen unter einem Schuldscheine ableugnet, so wird der Richter von ihr die sofortige Niederschrift ihres Namens verlangen, um die Umständlichkeiten des § 406 der C. P. O. zu vermeiden. Nur aus Befangenheit durch die „Verhandlungsmaxime" können die Motive zu jenem Paragraphen (S. 273) dies Verfahren für „anomal" erklären, wie denn auch ihre weitere Bemerkung, es liefere „erfahrungsmäßig kein Ergebnis von praktischem Werte", selbst von recht zweifelhaftem Werte ist: nach Lage der Sache, wie ich es selbst erlebt habe, kann der Erfolg ein geradezu verblüffender sein! — Der Richter sinnt einer Partei die Entzifferung einer von ihr vorgelegten oder abgefaßten, zum Teile undeutlich geschriebenen Urkunde an.

Digitized by Google

Zu diesen Beispielen mag noch bemerkt sein: wie im einzelnen Falle die Beweiswürdigung gegen die hartnäckige Partei sich zu wenden habe, läßt sich allgemein nicht sagen, vielmehr immer nur nach sorgfältigster Erwägung aller Einzelheiten bestimmen. Ferner gebe ich zu, daß man den ersten Fall auch so behandeln kann, daß man den Beklagten dessen ganze Gegenforderung beweisen läßt und dann voll von dem um die 70 M. verringerten Klagbetrag absetzt. Aber unter solchen Umständen allgemein von einem „Schutze des Parteiwillens", d. h. des ungerechtfertigtsten Eigensinnes, zu sprechen, erinnert doch stark an Zinks Bemerkung (a. a. O. S. 354): „Die Verhandlungsmaxime — gilt in den Augen der meisten deutschen Rechtsgelehrten als ein wahres Palladium für das Wesen der echten Civiljustiz!" Man darf bei alledem doch nie außer acht lassen, daß der heilsame Zwang, den das Gericht ausübt, immer nur ein mittelbarer ist, daß immer nur der Nachteil ungünstiger Beweiswürdigung über der trotzigen Partei schwebt — s. § 3 a. E. —, mit der der Richter dann freilich jedes hämische Verhalten im Prozesse mit äußerster Schärfe verfolgen sollte, und daß die Partei durch aufrichtiges Entgegenkommen diesem Nachteile entgehen kann. Meiner Ansicht nach aber würde sich der Richter, der die in Lügen verstockte Partei schonte und es lieber auf kostspielige und oft wertlose Beweisaufnahmen ankommen ließe, einer bedauerlichen, unter Umständen parteilichen Schwäche dem anderen Teile gegenüber schuldig machen. Ein gewissenhafter und energischer Richter wird mit Freuden den Vorwurf der „Ausschreitung" auf sich nehmen, wenn er dadurch den wahren Sachverhalt festzustellen und dem guten Rechte zu seiner Verwirklichung zu verhelfen vermag!

Man wird geneigt sein zu besorgen, daß die richterliche Un-

Digitized by Google

parteilichkeit durch solche Ausbeutung des § 130 leide oder gefährdet erscheine[1]).

Zunächst haben wir doch die „lex scripta", die sogar, wie im § 6 a. E. gezeigt ist, im § 464 der Prozeßordnung noch viel weiter geht. Sodann handelt es sich nicht bloß um Rechte, sondern um Pflichten des Richters, also eines Mannes, dessen ganze Erziehung und Stellung zur Unparteilichkeit, zum „Gehorsam gegen das Gesetz" hinleitet. Und diese Pflicht stellt ihn hoch über die Parteien, denn sie soll beiden nützen und wendet sich auch gegen beide. Alle Bedenken müssen schwinden vor dem vom Richter allerdings zu erfordernden Takte und seiner Integrität (Vierhaus bei Busch, Zeitschr. II S. 147; Lotz, Civilistische Abhandlungen Nro. 18 und 19) und im Hinblick auf die eigentümlichen bereits besprochenen Vorteile des mündlichen Verfahrens.

Es ist eine treffliche Bemerkung Wachs (Vorträge S. 54),

[1]) Leonhard, Inwieweit giebt es Fiktionen? S. 40; Glaser a. a. O. S. 453 (oben im § 6 mitgeteilt). Vor allem vergleiche man Bayer a. a. O. S. 14, welcher bemerkt, die Verhandlungsmaxime finde ihre Rechtfertigung „ganz vorzüglich in dem Umstande, daß dadurch das Vertrauen auf die Unparteilichkeit des Richters ungleich mehr aufrecht erhalten wird, als dieses nach der Untersuchungsmaxime der Fall sein würde". Mittermaier a. a. O. S. 52, 53 befürchtet diesen Parteilichkeitsschein offenbar nur bei Verhandlung des Richters je mit einer Partei in Abwesenheit der anderen.

Daß auch die römische Rechtswelt schon ähnliche Fragen bewegten, zeigt Gellius, Noctes Atticae XIV c. 1 § 16: Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne judex inter cognoscendum ea, quae dicto quaesitoque opus est, dicere et quaerere, etiamsi, cujus ea dici quaerique interest, neque dicat neque postulet; patrocinari eum prorsus hoc esse ajunt, non judicare; ebenso § 18: „Nam qui judices — acres atque celeres videntur [Gegensatz in § 19 „sedatiores et graviores"] non aliter existimant, rem, qua de agitur, indagari comprehendique posse, nisi is, qui judicat, crebris interrogationibus — sensus — litigantium deprehendat."

Digitized by Google

daß das Fragerecht nicht nur ein Recht sei, die Partei zu fragen, sondern überhaupt zu ihr zu sprechen. So sagt auch Glaser a. a. O. II S. 387: es gestatte „eine mündliche Verhandlung mit ausgedehntem richterlichem Befragungsrecht — sich durch eine kurze, am gehörigen Orte angebrachte Frage diejenige Aufklärung über Thatsachen zu verschaffen, welche im schriftlichen Prozesse, wo sie sich in den Akten nicht fand, nur durch Beweiserkenntnis sich erlangen ließ", und Bähr, Jahrbücher für Dogmatik XXV S. 391: „Der Wert der mündlichen Verhandlung liegt darin, daß der Richter, der beide Parteien vor sich hat, verständig mit ihnen reden, Mißverständnisse ausgleichen und durch geeignete Fragen — natürlich innerhalb der Verhandlungsmaxime — auf Klarstellung des Streitstoffes hinwirken kann." Die „Unmittelbarkeit der Verhandlungen", der mündliche Austausch der Gedanken und Erklärungen, die gegenseitige Kontrolle Aug' in Auge — das ist ja eben der Kernpunkt und die goldene Gabe unseres jetzigen Prozeßgesetzes!

Sie erlaubt, was beiläufig wegen seiner praktischen Bedeutsamkeit erwähnt werden darf, in besonders verworrenen und verwickelten Sachen zu besserer Festhaltung des vorgetragenen Sachverhaltes zu einem bereiten Aushülfsmittel zu greifen. Das Gericht kann bei Schluß der Verhandlungen oder in wiedereröffneter Verhandlung den Parteien den von ihm schriftlich ausgearbeiteten und beschlossenen Thatbestand vorlegen, um sich des Einverständnisses derselben zu vergewissern und etwa nötige Abänderungen vornehmen zu können. So vermeiden beispielsweise die bei Wach (Prozeßenquete a. a. O. S. 151) aufgezählten 11 Landgerichte das unzweckmäßige und „post festum" kommende „Berichtigungsverfahren" nach § 291 der C. P. O. (Vergl. Bähr, Über Wachs Prozeßenquete S. 27; Lippmann, Arch. f. d. civ. Prax.

Digitized by Google

LXX S. 118; A. G. O. Titel X § 37; endlich auch Mittermaier a. a. O. S. 133.)

Richter und Parteien stehen ja des weiteren sogar unter der Kontrolle der Öffentlichkeit[1]) — der mitanwesenden Personen, der Presse und, ganz abgesehen von der Justizaufsicht, der Landtage, so daß Mißbräuche wohl kaum zu befürchten sind oder sich doch sehr bald empfindlich rächen würden. Bei einem anderen Gegenstande bemerkt Schmoller (in den Schriften des Vereines für Socialpolitik 33. Bd. S. 99): „Heute, bei unserer Öffentlichkeit, bei der aufs äußerste gehenden Hervorzerrung jedes Beamtenmißgriffes, ja sogar der geheimsten Winkel ihres Privatlebens, bei der Art, wie in Kammern und Presse die Dinge kontrolliert werden, fürchte ich nicht, daß erhebliche Mißbräuche — vorkommen werden." Eine juristische Theorie aber, die etwa an alten Lehren hängt, weil sie in ihnen besondere Schutzwehren der Rechtssicherheit sieht, vergäße, daß durch die Umwälzung der staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse in unseren Zeitläuften ganz andere Schranken von gleich ausreichender Stärke an die Stelle jener veralteten getreten sind. Wer denkt in Deutschland noch an Kabinetsjustiz? In Frankreich freilich erlebte man noch

---

[1]) Für die Parteien besteht der Vorteil der Öffentlichkeit des Civilverfahrens, die sonst ziemlich bedeutungslos ist (vergl. Zink a. a. O. S. 69[2]), besonders darin, daß sie sich „vor den Leuten", vor ihresgleichen mehr schämen zu lügen und mit faulen Ausflüchten zu kommen als nach der Gewohnheit des alten, heimlichen und schriftlichen Prozesses vor dem Richter. Das leise Gekicher der Umstehenden bei allzu frechem Ableugnen ist eine sehr peinliche Kritik! — Vergl. hier noch Bomhard a. a. O. S. 29; Göring a. a. O. S. 217; v. Bar, in Holtzendorffs Encyklopädie S. 736; Gutachten des XII. Juristentages S. 114 (Westerkamp); auch Mittermaier a. a. O. S. 66 und Leonhard in seinem schönen Vortrage „die Unpopularität der Jurisprudenz" („Grenzboten" 1888 Nro. 21 S. 360), wo er sich zugleich auch über den im folgenden berührten Umschwung der Anschauungen ausspricht (S. 357—359 ebenda).

Digitized by Google

kürzlich eine „suspension de l'inamovibilité"! (Pariser „Correspondant" vom 10. August 1885.)

Ich möchte an dieser Stelle schließlich noch darauf hinweisen, daß weder die Preußische A. G. O. Titel X mit ihrem „Offizialprinzip", dessen Formulierung[1]) immerhin falsch gewesen und die in ihren Anforderungen an den Richter trotz § 5b und 12 nach § 2 und 3, 20 ff. und 41 ff. dort zu weit gegangen sein mag, noch der J. R. A. von 1654, noch endlich die Hannoversche Untergerichtsordnung von 1827 solche Befürchtungen geteilt haben. Der § 110 des J. R. A. — nebenbei bemerkt, eine vorzügliche Anleitung gegen allzu große Sucht, die Parteien von vornherein und um jeden Preis zu vergleichen — lautet: „solle der Richter Erster Instanz die Partheyen — durch alle dienliche Mittel und Weeg, auch schiedliche Erinnerungen, in Güte von einander zu setzen, und hierdurch alle weitläufftige, kostspaltige Rechtsfertigung zu verhüten sich befleißen; jedoch ehe denn Er die Güte den Partheyen vorschlägt, vorhero in den Sachen sich wohl informieren und sein Absehen bey diesen gütlichen Vergleichen dahin sorgfaltiglich stellen, damit die eine offentlich ohngerechte Sach führende Parthey zu demselben nit gelassen, noch der rechthabende Teil damit beschwerd — werde." Und § 23 des letzteren Gesetzes: „Jeder Richter, bei welchem eine

[1]) Bierhaus a. a. O. S. 377 bemerkt darüber: „Der Fehler beruhte in der unvereinbaren Vermischung der vollkommen freien Bewegung der Parteien und der Untersuchungsmaxime mit der Notwendigkeit der schriftlichen Fixierung des gesamten Streitstoffes." — Wach, Handbuch S. 135; Puchta a. a. O. § 38 ff.; Glaser a. a. O. S. 324; Heidenfeld a. a. O. S. 128; Mittermaier a. a. O. § 8. Gewiß würde die hier, bei letzteren, zahlreich angeführte ältere Litteratur, die mir leider unzugänglich ist, manches Anregende bieten. — Mit Recht bemerkt übrigens Endemann, Deutsches Civilprozeßrecht I S. 497, es könne die Offizialmaxime „übertrieben zu einem unerträglichen Richterabsolutismus führen".

Digitized by Google

Rechtssache angebracht worden ist, muß — 1) durch sachgemäße Fragen eine klare Ansicht aller den Parteivorträgen zum Grunde liegenden faktischen Verhältnisse sich verschaffen und dadurch den jedesmaligen wahren Streitpunkt in Gewißheit setzen." (Puchta a. a. O. verweist noch auf die Prozeßordnung für Württemberg von 1818 und die etwa gleichzeitige für das Großherzogtum Hessen.)

Der Richter soll endlich so nachdrücklich fragen, daß eine „Abweisung angebrachtermaßen" wegen mangelnder thatsächlicher Begründung des Klagbegehrens zu den seltensten Fällen der Beendigung eines Rechtsstreites gehört[1]); er soll so sehr mit seiner

---

[1]) Es scheint mir hier eine merkwürdige Täuschung vorzuliegen, wenn das Reichsgericht (Entsch. a. a. O. VI S. 358) annimmt, eine solche Abweisung kenne die Civilprozeßordnung gar nicht. Im amtsgerichtlichen Prozesse sind jedenfalls Fälle möglich, wo rechtsschlüssige Behauptungen überhaupt nicht von den Parteien zu erzielen sind; hier muß also, hilft auch eine Verfügung nach § 143 Abs. 1 der C. P. O. nicht, wie bei sonstigem Mangel einer Prozeßvoraussetzung (O. v. Bülow, Prozeßvoraussetzungen S. 281; Plósz a. a. O. S. 29; Wach, Vorträge S. 16) „angebrachtermaßen" abgewiesen werden. Das bedeutet allerdings nur das Selbstverständliche, das Urteil mache für irgend welchen anderen rechtlich schlüssigen Thatbestand keine Rechtskraft (Seufferts Archiv Bd. 38 S. 265, O. L. Gericht Braunschweig: „virtualiter in angebrachter Maße"). Giebt (a + b + c) das Recht R und trägt Kläger trotz aller richterlichen Hinweise statt dessen (a + b + c') vor, so wird er mit dieser Klage abgewiesen, ohne daß Rechtskraft für (a + b + c) entstände. Aber auch der erneuten Anstellung der auf (a + b + c') gegründeten Klage steht nicht die Einrede der Rechtskraft — die sich nur auf rechtlich schlüssige Thatbestände beziehen kann — entgegen, sondern die zu wiederholende sog. „exceptio libelli inepti", welche natürlich auch von Amts wegen zu beachten ist. — Insofern würde allerdings ein Streit über diese Sache sehr müßig sein (Struckmann bei Busch, Zeitschr. III S. 224, bes. S. 239, 244 und in seinem Kommentar S. 144) soviel sie auch sonst besprochen ist, beispielsweise von Wach, Vorträge S. 55; Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 237; v. Wilmowski und Levy a. a. O. III. Aufl. S. 177; Osterloh bei Busch a. a. O. S. 62; Westerburg bei Gruchot, Beiträge, Bd. 24 S. 187; Rocholl a. a.

Digitized by Google

abwägenden Forschung — und eine solche muß es doch wohl sein, wo er mehr wissen will und soll, als die Parteien selbst vorgebracht — und mit seinem unnachsichtlichen Verlangen, alle zugehörigen, thatsächlichen Verhältnisse dargelegt zu sehen, in die Parteien dringen, daß er dadurch die unleugbaren Gefahren der freien Würdigung (s. o.) — der oberflächlichen Beurteilung einerseits und der Überlistung seiner Überzeugung durch die Partei andererseits — möglichst verringert. Hier noch ein Beispiel, wie er dadurch einer zutreffenden Würdigung und Entscheidung der Streitpunkte vorarbeiten kann. — Kläger hat vom Gegner eine Uferwiese gekauft und daneben sich ausbedungen, daß Verkäufer ihm 1000 Bund Reisigholz zu Befestigungen dieses Ufers „liefere". Was letzteres Wort bedeute, wird unter ihnen streitig; ob der Beklagte das Holz ungeworben auf seinem Waldgrundstück (2 Meilen von der Wiese entfernt) zur Verfügung zu stellen habe oder

---

O. I S. 22; Kleinfeller a. a. O. S. 200; Hellmann, Erläuterungen der C. P. O. I S. 426. — Aber es ist und bleibt unrichtig, wenn das Reichsgericht (a. a. O. S. 359) sagt: Erfüllt der Richter seine Pflicht aus C. P. O. § 130, so „könne er nicht in die Lage kommen, eine Klage deshalb angebrachtermaßen abzuweisen, weil sie nicht genügend substanziiert sei, jedoch besser substanziiert werden könne"; man müßte denn die letzten Worte lediglich darauf beziehen, daß dies aus den Parteivorträgen wirklich auch erkennbar gewesen wäre. — Vergl. übrigens Gaupp im Juristischen Centralblatt I S. 430 bei Besprechung des öfter erwähnten Aufsatzes von Ude: „Durch das in § 130 dem Vorsitzenden eingeräumte Fragerecht wird — hiermit stimmt Verfasser mit der Mehrzahl der Ausleger und den Entscheidungen des Reichgerichts überein — die Abweisung der Klage angebrachtermaßen grundsätzlich beseitigt. Die Verweigerung besserer Klagbegründung ist nach § 259 als 'Nichtbehauptenkönnen' zu deuten [ohne Ansehung des einzelnen Falles?!]. Die Tragweite einer solchen Entscheidung als res judicata kommt erst für den späteren Prozeß in Betracht. Daß übrigens auch bei dieser Auffassung rein formelle, der alten absolutio ab instantia sachlich gleichstehende Urteile ergehen können, wird vom Verfasser an Beispielen nachgewiesen." — Also!

Digitized by Google

gehauen auf seinem Hofe (1 Meile entfernt) oder gar an Ort und Stelle. Aus dem Werte der Wiese verglichen mit dem dafür gezahlten Kaufpreise würde sich ein Anhaltspunkt für die Auslegung zweifellos gewinnen lassen. Wenn dies die privatrechtliche Lehre (fr. 67 de reg. juris) ausdrücklich anerkennt, so muß der Richter auch im Prozesse von den Parteien, die solche Angaben verabsäumen, diese Verhältnisse „erforschen" dürfen. —

Schließlich noch zwei Punkte anhangsweise.

Wenn man sagt — Heinze a. a. O. S. 290[1] (angeführt Anm. 1 S. 55) und Wach, Vorträge S. 163 — die Partei selbst solle und könne im Prozesse mit Verhandlungsmaxime nicht zugleich „Beweismittel" sein, so ist das zunächst ein unbewiesener Heischesatz; man denke doch nur an die von anderen Gesetzgebungen auf gleicher prozessualischer Grundlage anscheinend glücklich durchgeführte Partei-Zeugenvernehmung, wenn man nicht gar schon in den durch richterlichen Eid erhärteten Parteiangaben ein verstecktes Zeugnis zu finden hätte. Auch würde er, selbst mit zwingendster Folgerung aus der Verhandlungsmaxime abgeleitet, einem dem praktischen Bedürfnisse nachgebenden Belieben des Gesetzgebers weichen und sich beugen müssen. Zum Spiele „reiner Logik" sollen die Rechtsinteressen bekanntlich nie dienen. — Sodann paßt er aber auch nicht einmal zum Wortlaute der C. P. O. Denn diese verlangt in § 129 Abs. 3 — allerdings nur unter Androhung ungünstiger Würdigung durch den Richter (§ 3 oben) — daß die Partei über eigene Handlungen und Wahrnehmungen bejahend oder verneinend aussagt und sich nicht mit der verführerischen Ausrede des „Nichtwissens" behelfen darf. Das ist aber nicht zu unterschätzen, zumal wenn man der Bährschen Bemerkung (Jahrbücher für Dogmatik XXV S. 395) zustimmt, daß wirkliche Thatsachen weit seltener bestritten würden, weil bei ihnen die Wahrheit eine zu große Macht übe — im

Digitized by Google

Gegensatz zu verschiedener Auffassung der betr. Vorgänge. S. oben § 8.

Ferner. Es ist mir nicht klar, wie überhaupt — nach § 131 der C. P. O. — eine an die Partei gerichtete Frage „unzulässig" d. h. gesetzlich unzulässig sein kann (Petersen I S. 339), da diese ja das Recht hat, sich auszuschweigen, und z. B. beleidigende Fragen in anderer Art ihre Zurückweisung finden. Oder sollte etwa eine Frage, ob eine Behauptung „auf Ehre und Gewissen" der Partei aufrecht erhalten werden könne, darunter fallen? Hier würde allerdings eine Folgerung (kraft freier Beweiswürdigung) aus dem Schweigen unzulässig sein, weil ein Zwang zur Beteuerung nur im richterlichen Eide gegeben ist.

Die Abhandlung v. Bülows bei Gruchot a. a. O. Bd. XXVI S. 582 beantwortet diese Frage nicht; Kleinfeller a. a. O. S. 206 versteht „inquisitorische und Suggestivfragen" darunter. Wach (Vorträge S. 55) sagt: „Der Schutz, den das Gesetz in § 131 bietet, ist ziemlich illusorisch. Die Frage, welche beanstandet wird, ist als solche heraus, und hat sie einen Rechtsbehelf an die Hand gegeben, so wird dieser von der Partei gebraucht werden, auch wenn die Frage selbst für unzulässig erklärt werden sollte."

§ 17.

2. Die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien (C. P. O. § 132).

Der § 132 der C. P. O. giebt das geeignetste Mittel an die Hand, wie der Richter seiner Fragepflicht zu genügen vermöge: „Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen." Mit dem „kann" ist hier je nach den Umständen eine richterliche

Digitized by Google

Pflicht festgesetzt[1]). Diese Gesetzesvorschrift ist gewissermaßen die Krone, der eigentliche Ausdruck der „unmittelbaren Verhandlung" der Parteien vor dem Gerichte. Denn wenn diese allerdings streng genommen immer das persönliche Erscheinen forderte, so ist die (durch § 132 beschränkte) Vertretungsmöglichkeit eine Nachgiebigkeit an das praktische Interesse, welches das persönliche Verhandeln nicht immer fordert. Was dieser prozessualische Zweckmäßigkeitssatz aber mit der „privatrechtlichen Natur des Streitgegenstandes" zu thun hat, welche neben der „reinen Parteienstellung" es den Parteien nach Wach (Handbuch S. 561) gestatten soll, „sich dem Angesichte des Gerichts zu entziehen und an ihrer Statt einen Repräsentanten vorzuschieben", ist mir nicht klar.

Belehrend ist bei diesem Paragraphen der Widerstreit der Ansichten, welcher sich in einer Bemerkung im Kommentar v. Bülows (zu § 132) abspiegelt: „Den Motiven gegenüber, welche in der Nötigung zum persönlichen Erscheinen einen namentlich neben der freien Beweiswürdigung ungerechtfertigten Eingriff in die Dispositionsrechte der Parteien (Motive S. 133) erblickten, hielt die Reichsjustizkommission die Befugnis, die Parteien zum Erscheinen zu nötigen, gerade für eine notwendige Ergänzung des Systemes der freien Beweiswürdigung, da sie häufig als das wirksamste Mittel erscheine, der Wahrheit auf den Grund zu kommen." Man ver-

---

[1]) Brackenhöft zu Lindes Lehrbuch § 142 S. 344[3], den ich jedoch nicht selber nachgelesen, sondern nur nach Heidenfeld a. a. O. S. 85[69] anführen kann: „Bei dem Richter ist die Befugnis zugleich Obliegenheit, und er muß sie ausüben." O. v. Bülow, Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 18, 82 und 94: „Soweit der Richter zu etwas befugt ist, ist er hierzu auch verpflichtet." — Motive zur C. P. O. S. 133 (zu § 130): „Recht und Pflicht sind Korrelate." Hierdurch erledigt sich das von Heusler a. a. O. S. 266 ausgesprochene Bedenken.

Digitized by Google

gleiche Protokolle der Kommission zur C. P. O. S. 52 —54. Wie die „Motive" so Fuchs, Kritische Bemerkungen zu dem Gesetzentwurfe über Prozeßverfahren S. 21 (angeführt bei Korn, Zeitschr. für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen IV S. 205). Um ferner noch eine andere gewichtige Stimme voll zu Worte kommen zu lassen, führe ich eine Bemerkung Bährs in den Jahrbüchern für Dogmatik XXIII S. 409 wiederum wörtlich an: „Eine regelmäßige zwangsweise Heranziehung der Parteien — [würde] nicht unbedenklich sein. In Bagatellsachen, in welchen schon der Kostenersparnis halber es wünschenswert ist, daß die Parteien womöglich selbst auftreten, hat ja allerdings der mit ihnen verhandelnde Einzelrichter die Aufgabe, das Thatsächliche des Falles aus ihrem oft verworrenen Vorbringen herauszufinden. Bei einer kollegialen Verhandlung aber, wo Anwälte auftreten, ist es doch naturgemäß die Aufgabe der letzteren, die Thatsachen aus dem Munde ihrer Auftraggeber zu ermitteln. Abgesehen davon, daß vielleicht die mit einem persönlichen Verhöre verbundene Unannehmlichkeit, die dadurch hervorgerufene Aufregung u. s. w. manche Partei noch härter treffen würde, als selbst der Verlust des Prozesses, so führt ein solches Verhör auch durchaus nicht immer zu sicheren Ergebnissen. Die Parteien sind verlegen, sie wissen nicht sich richtig auszudrücken, sie wissen nicht, wie viel und wie wenig sie sagen sollen. Aus mißverstandener Prozeßtaktik — die ja im guten Sinne angewendet durchaus keine Sünde ist — verschweigen sie vielleicht Dinge, die ihnen zum Vorteil gereichen, und bringen unnötige Dinge vor, die ihnen zum Nachteil dienen. Eine solche Vernehmung bildet hiernach kein sicheres Mittel, um die Gerechtigkeit zu fördern. Sie hat auch, soviel mir bekannt, bisher in der Praxis der deutschen Gerichte wenig Eingang gefunden." —

Man darf im § 132 den Ausdruck des gesetzlichen Willens

Digitized by Google

finden, daß der Richter sich nicht bei den Angaben des Parteivertreters zu beruhigen hat, der sich trotz § 129 Abs. 3 so häufig achselzuckend mit „Nichtwissen" ausreden kann, sondern daß er die Parteien auch zur eigenen Rechenschaft über ihre Sachdarstellung heranziehen soll bezw. darf. Und zwar zur „Aufklärung des Sachverhältnisses", worin jedenfalls die Plancksche Beschränkung (a. a. O. S. 353) „nur zum Zwecke der Aufklärung dessen, was sie selbst vorgebracht hat an Behauptungen und Antworten", nicht ausgesprochen ist.

Es wird übrigens keiner besonderen Bemerkung bedürfen, daß solch persönliches Erscheinen nicht für alle Fälle, besonders in höherer Instanz oder in einfachen Handelssachen bezw. bei den in thatsächlicher Beziehung streng begrenzten Klagen „stricti judicii" erforderlich sei; viel wird dabei auch auf die Eigenart und den Bildungsstand der Prozeßpartei ankommen. Vergl. weiter unten meinen Vorschlag über eine fakultative mündliche Verhandlung.

Hierneben ist noch das selbstverständliche Recht der Partei, den Beweisverhandlungen beizuwohnen, zu erwähnen; seine ausdrückliche Anordnung erklärt sich aus dem Gegensatze zu früheren Gesetzen (v. Sarwey a. a. O. zu § 332). Etwas seltsam nimmt sich in dieser Umgebung der § 128 Abs. 4 der C. P. O. aus: „Im Anwaltsprozesse ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu verstatten." Richtiger hätte man dies wohl als selbstredend betrachtet und eine besondere Vorschrift darüber unterdrücken sollen, da auf der anderen Seite § 143 Abs. 1 dort dem Gerichte gegen Geschwätz genügenden Schutz gewährt. —

Durch die Vorschrift des § 132 gewinnt die richterliche Pflicht, den Sachverhalt durch Fragen klarzustellen, erst wahres Licht und Leben, so erst die „Unmittelbarkeit" ihre vollkommene

Digitized by Google

Ausgestaltung. Nicht bloß „bei dem amtsgerichtlichen Verfahren ist es wünschenswert, daß die Parteien in Person verhandeln" (Bähr)! Sehr wertvoll ist auch für den Parteivertreter ihre Gegenwart zu etwa erforderlicher sofortiger Instruktionserteilung, zur Berichtigung von falschen Angaben (C. P. O. § 81) und zur Ergänzung dessen, was von ihm etwa in der mündlichen Verhandlung vergessen werden sollte.

Erleichtert wird freilich dadurch, wie schon Puchta a. a. O. S. 70[62] bemerkt hat, die Aufgabe des Civilprozeßrichters nicht; mit der „gemächlichen Passivität"[1]) (Zink) und dem stoischen Zuschauen, mit der „wesentlich unthätigen, rezeptiven Assistenz" (Wach) hat's dann ein Ende. Es gehört gewiß Geduld und auch Übung dazu, die Parteien auszufragen, ihren Schlichen und Winkelzügen nachzugehen, den bösen Willen aus seinen Schlupfwinkeln aufzustöbern, — kurz, die juristische Klugheit, die man mit Befriedigung als Untersuchungsrichter in Strafsachen entwickelt, im Civilprozesse nicht unter den Scheffel zu stellen und sich nicht gleichmütig beliebig widersprechende „Eventualbehauptungen" vortragen zu lassen, wogegen Planck schon in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. IV S. 255 sich ausgesprochen hat. Anstatt darüber zu grübeln, ob Parteibeeidigung einzuführen sei oder nicht[2]), sollte man lieber mit wahrhaft praktischem

---

[1]) Hier noch ein Citat über den Strafprozeß in Anklageform. Haager, Gerichtssaal XI. Bd. S. 367: „Der unendliche Wert des Anklageprozesses ist gerade der, daß der Richter durch Bewegung der Kräfte Dritter das Drama vor sich entwickeln sieht, dessen Lösung in seinem Spruche gefunden wird; daß er über den sich bekämpfenden Interessen des Staates und des Angeklagten als Vollzieher des Gesetzes unbefangen und würdevoll in der Rezeptivität verharrt und nur thätig wird, um aus dem gebotenen Material sein Urteil über die That- und Rechtsfrage zu finden."

[2]) Sehr nachdrücklich dafür Glaser a. a. O. S. 412, 434, 477. Auch Lippmann, Über den normierten Eid. Dagegen Bähr, Jahrbb.

Digitized by Google

Sinne sich an das Gegebene halten, dies ausbeuten und ersprießlich zu machen suchen!

Und die Mühe lohnt sich. Es gilt eine Kunst zu üben, die unmittelbare Befriedigung schafft, weil sie im Schaffen schon Früchte sieht. Denn der forschende Richter ist dem Laien, auch dem böswilligen, so erheblich überlegen, zumal dieser den Endzweck der Fragen nicht sogleich zu überschauen vermag, daß die volle Ausnützung des Fragerechts immer noch zu einer besseren Aufdeckung der Wahrheit, wie die Gegenpartei sie wünscht, führen muß. (v. Bar a. a. O. S. 55, 64, 159.) Und so verwerflich oder verstockt ist doch auch gottlob die Gesinnung der großen Mehrzahl der Parteien in Deutschland nicht, daß diese nicht auf ernsten Vorhalt des Richters der Wahrheit in vielen Fällen die Ehre geben möchten. „Confessio regina probationum!“ Auch vergesse man nicht, daß das Zwangsmittel des ja sehr biegsamen richterlichen Eides, des „letzten Mittels, die Wahrheit herauszubringen“ (Motive S. 287), immer dabei im Hintergrunde steht! Und welche Mühe und Kosten spart der Richter auf diese Weise den Parteien! (v. Bar a. a. O. S. 158; Glaser a. a. O. S. 479, wogegen freilich Petersen, Kommentar II S. 315 meint, der Richter habe „weder zu bestimmten Zugeständnissen zu drängen noch von solchen abzuhalten“ (vergl. auch noch Bomhard a. a. O. S. 37 und 39).

Zink (a. a. O. S. 169) giebt hier folgende treffliche Dar-

---

f. Dogmatik XXV S. 405; XXIII S. 409[1]. Mit der eigentlichen Parteivernehmung hätte man dann doch glücklich fast regelmäßig in jedem Prozesse zwei Parteieide statt des üblichen einen jetzt! Der Parteizeugeneid erzwingt die Beantwortung jeder Frage; der richterliche Eid stellt nur die Beantwortung einer bestimmten anheim. Vergl. Demelius, Schiedseid im röm. Civilprozeß S. 6; Schuster a. a. O. S. XXXI und 164 unten; Motive S. 274; Verhandlungen der Civilprozeßkommission S. 161, 548.

Digitized by Google

stellung: „In der mündlichen Verhandlung einer Sache wird die gründliche Darlegung der Geschichte, der innige Zusammenhang aller Umstände, die hervorspringende Glaubwürdigkeit der Vorgänge, die enge Verkettung von Ursachen und Wirkungen auf der einen Seite; dann der Rückhalt in der Erwiderung, die ausweichende Antwort, die ungenügende Erklärung und Vereinigung sich selbst abstoßender Verteidigungsmittel, das Stillschweigen da, wo Reden natürlich und herausgefordert war, der Hader um ärmliche Kleinigkeiten und das schnelle Überspringen der Hauptsache auf der anderen Seite — alles zusammengenommen wird zum unmittelbaren und eindringlichen Erkenntnisgrunde und zur Quelle einer festunterbauten Gewißheit. — In gleicher Weise bilden die unsichere Art des Auftretens, der ungenügende Gang der Entwicklung, der fehlende Zusammenhang zwischen den Gliedern einer Aufstellung, der Abgang aller unterstützenden Behelfe und Urkunden eine sichtbare Lücke in der Kette eines Argumentes — einen verlässigen Anhaltspunkt, um einer Anführung zu mißtrauen, diese für ein Erzeugnis der Phantasie oder die Erfindung einer Gewandtheit in Prozeßkünsten zu halten —."

Und weiter setzt die Fragepflicht, soll ihr Ergebnis ein lebensvolles Erfassen des Sachverhalts sein, auch die Gabe des Richters voraus, fehlende Umstände zu erraten und unvermittelte zu verbinden; jenen echt juristischen Geist, der Thöl, nach dessen schönen Worten, aus den Entscheidungen des Lübischen Oberappellationsgerichts angeweht hat — „so kräftig und frisch, wie reine Seeluft", voll „der lebendigen Anschauung der Verkehrsverhältnisse, welche sich in jenen Akten, zuweilen in den ungeduldigsten Advokatenschriften am lebhaftesten abspiegelten"! Gerade mit diesem Worte „Ungeduld" hat Thöl so treffend das Drängen der Parteien nach ihrem Rechte, das lebensfrische und lebenschaffende Element der Rechtsprechung im persönlichen Verkehr

Digitized by Google

des Gerichts mit den Parteien bezeichnet, — dieser „Unmittelbarkeit der Verhandlung", welcher sich die Civilkammern der deutschen Gerichte leider so vielfach entziehen, um sich zwischen Anwaltsschriften und -reden zu vereinöden. Weisen diese doch sogar, obwohl sie an und für sich schon den Verhältnissen fernstehen, aus denen der Rechtsstreit hervorgewachsen ist, und die heilsame „Gerichtskundigkeit" bei ihnen naturgemäß einen weit geringeren Umfang hat, auch die Zeugen, die letzte lebendige Erkenntnisquelle, aus ihren Gerichtssälen vor den „ersuchten Richter".

Irgend ein Rechenmeister wollte früher herausgebracht haben, daß die Kollegialgerichte durch die kommissarische Vernehmung der Zeugen viel mehr Zeit verlören als durch etwaige eigene Vernehmung. Ich bin allerdings auch davon überzeugt, daß das Heranziehen der Parteien, das Gegenüberstellen mit dem Gegner und mit den Auskunftspersonen weit rascher zum Ziele und weit sicherer zur Feststellung des Sachverhaltes führen müsse, als die wiederholten Vorträge der Anwälte, die Vertagungen wegen „mangelnder Instruktion", die unnützen Beweisaufnahmen, die bei Fragen an die aus Ableugnen nicht gewöhnte Partei vermieden werden. Ja selbst der leidige Kostenpunkt würde nicht wesentlich gegen solche Handhabung sprechen, zumal wenn das Gericht — auch eine Übung in Anwendung freier Beweiswürdigung! — von Bestimmungen, wie in C. P. O. § 251 Abs. 2 und 252, § 339 und 344 und Gerichtskostengesetz § 48 häufigen und kräftigen Gebrauch macht und weil die Verteuerung der Sache durch Reisen der Anwälte an die ersuchten Gerichte dann wegfällt!

Aber freilich, nach dem, was die Praxis gelegentlich der „Wachschen Enquete" festgestellt hat, wage ich obiger Berechnung nicht ohne weiteres mehr beizutreten. Man vergleiche in dem

Digitized by Google

Anlageheste zu Busch' Zeitschr. XI. Bd. S. 61 und 124 ff.; und dazu Wachs Bemerkung S. 167 und 134: „Wir dürfen uns der durch die Enquete unwiderleglich festgestellten Thatsache nicht verschließen, daß die kommissarische Zeugen- und Sachverständigenvernehmung sich weit über diese Grenzen billiger Diskretion hinaus zu einem wahren Gebrechen unseres Verfahrens entwickelt hat."

Bähr (Prozeßenquete Wachs S. 23) weist darauf hin, daß in Strafsachen wegen der Voruntersuchungsprotokolle die Sache günstiger liege. So thue man dasselbe im Civilprozesse, lasse die Zeugen zunächst an Ort und Stelle vernehmen und später die „wissenden" vor dem erkennenden Gerichte. Etwas Ähnliches bei v. Bar a. a. O. S. 124.

Allein wäre auch die Geschäftslage der Kollegialgerichte der Durchführung einer in allen Beziehungen wahrhaft unmittelbaren Verhandlung günstiger, als wie sich jetzt gezeigt hat — Worte und Versicherungen über den Wert derselben helfen wenig, vor allem gegenüber einer gewissen philiströsen Voreingenommenheit für das Hergebrachte. Derartiges will erfahren und empfunden sein. Für mich ist dies alles aber kein Trugbild, dem ich nachjage: aus langjähriger praktischer Erfahrung im amtsgerichtlichen Verfahren stehen mir die Vorteile der persönlichen Verhandlung mit den Parteien so hoch, daß ich, obwohl ein geschworener Feind der Winkelkonsulenten[1]), ihre Vertretung

[1]) Ich habe den § 143 Abs. 2 der C. P. O. sogar, wenngleich unter fortwährender Mißbilligung der höheren Instanz, seiner Zeit immer auch gegen gerichtsbekannte „Linksanwälte" angewandt, die sich die Forderungen zur Umgehung desselben abtreten ließen, um dann in eigenem Namen klagen zu können. Es müßte doch traurig um das öffentliche Recht des Civilprozeßgesetzes bestellt sein, sollte die Befugnis des Gerichts nach obiger Vorschrift durch solche privatrechtliche Kunstgriffe vereitelt werden können.

Digitized by Google

der Parteien (statt durch Anwälte) deshalb lieber sehe, weil ich sie durch Drohung mit dem § 143 Abs. 2 der C. P. O. zwingen kann und zwinge, ihre Partei selbst zur Verhandlung mitzubringen. Freilich habe ich in den meisten Fällen auch bei Anwälten darin Entgegenkommen gefunden, ohne daß sie dabei ein „Mißtrauen" gegen sich argwöhnten und zu argwöhnen brauchten.

§ 18.

3. Die §§ 133 und 134 der C. P. O.

Nicht unwichtige Handhaben zur genaueren Erforschung des streitigen Sachverhaltes bieten ferner die §§ 133 und 134 der C. P. O. Ersterer bestimmt im Abs. 1: „Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden [z. B. Handelsbücher, Handelsbriefwechsel u. s. w.], auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege." Im wesentlichen dient diese Vorschrift, sowie die in Absatz 2 und 3 enthaltenen, zur Ermittlung dessen, was die Parteien vorbringen *wollen*. Doch ist zu beachten, daß in dem nicht ganz ungewöhnlichen Falle, wo eine Partei aus einer Urkunde nur die *ihr* günstigen Stellen hervorhebt, andere dagegen, die gegen ihre Ansprüche zu deuten sind, unterdrückt — ohne daß Gegner erstere bestritte und von letzteren etwas ahnte —, trotz Mangels eines selbstthätigen Vorgehens der Partei das Gericht durch seine Anordnung nach § 133 der Gegenpartei sehr erheblichen Beweisstoff beschafft und zur Verfügung stellt. Auch kann durch ein derartiges Zurückgehen des Gerichts auf einen Briefwechsel beispielsweise dem Rechtsstreite an Stelle der unrichtigen oder ungenauen Angaben beider Parteien darüber unversehens eine zutreffendere Grundlage gegeben werden.

Erweitert wird diese „inquisitorische" Befugnis des Gerichts

Digitized by Google

(trotz der Bedenken Langenbecks bei Busch, Zeitschr. IV S. 491) durch § 134, wonach beschlossen werden kann, „daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen". Das Gericht kann also hiernach unter anderem Einsicht in die oft recht lehrreichen „Instruktionsschreiben" der Parteien[1]) an ihre Vertreter gewinnen und alsdann die Parteien zur Verhandlung über die daraus entnommenen erheblichen Punkte veranlassen. Zweierlei ist dabei allerdings nicht aus dem Auge zu lassen. Zunächst, daß auch hier ein Zwang zur Vorlegung nicht ausgeübt wird, daß vielmehr der Richter nur bei Nichtbefolgung oder bei ersichtlicher Unterdrückung zugehöriger Schriftstücke, entsprechend dem § 409 der C. P. O., je nach Lage des Falles Schlüsse, die der widerwilligen Partei ungünstig sind, ziehen darf. Sodann, daß diese Maßregel, soweit ihr nicht eine bisherige Übung, wie in den Rheinlanden (vergl. Motive S. 21), entgegenkommt, nicht allzuviel Bedeutung haben wird. Immerhin braucht sie aber im einzelnen Falle nicht aussichtslos zu sein; fahndet man z. B. auf die „Instruktion" einer Partei, so muß eine solche der Regel nach in den Akten sein, da sie, wenn mündlich erteilt, wenigstens in ihren Umrissen vom Vertreter schriftlich festgehalten sein wird oder aber schriftlich zur Akte kam. Scharfe Durchsicht wird also geraten sein und erspart dem Richter überraschende Aufklärungen über die eigentliche Sachlage, wenn er nach Beendigung der Instanz zwecks Kostenfestsetzung die Handakten durchblättern muß.

Nimmt man hierzu noch Art. 39 Abs. 1 des Handels-

---

[1]) A. A. Struckmann und Koch, Kommentar zu diesem Paragraphen, weil es Schriftstücke seien, die den Prozeß vorbereiten.

Digitized by Google

gesetzbuches[1]), so wird man, selbst ohne die weiter unten zu entwickelnde Ansicht über die amtliche Heranziehung von Urkunden zu teilen, einräumen müssen, daß auch hier die Forschungsmittel den Gerichten nicht kärglich zugemessen sind. Und dann noch eine allgemeinere Bemerkung. Die Besorgnis, durch Zulassung derartiger Forschung zu weit in die Privatangelegenheiten einer Partei einzugreifen, trifft doch, abgesehen davon, daß eben ein Zwang nie stattfindet, der Regel nach nur bei derjenigen zu, die etwas zu verbergen hat; der „Schutz des Parteiwillens" dient also gerade dazu, den bösen Willen mit seinem Unrechte durchschlüpfen zu lassen!

§ 19.

4. Die richterliche Augenscheinseinnahme (C. P. O. § 135).

Die zweite Hauptvorschrift in diesem Zusammenhange enthält der § 135: „Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins[2]) — anordnen."

Unbekümmert um Parteianträge oder -wünsche soll und darf der Richter den noch sichtbaren Teil des ursprünglichen Sachverhaltes (s. oben § 3), sowie alle sinnlich wahrnehmbaren Umstände, die einen Rückschluß auf selbigen gestatten, der eigenen Wahrnehmung unterwerfen und die Ergebnisse davon vergleichend neben die „Behauptungen" der Parteien stellen; er soll auf diese Weise durch jene Behauptungen gewissermaßen hindurch zu dem ursprünglichen Sachverhalte hindurchzudringen versuchen. Inwie-

---

[1]) Vergl. v. Bülow, Kommentar II. Aufl. zu § 133 und Petersen a. a. O. I S. 342 und 343.

[2]) „sowie die Begutachtung durch Sachverständige". Dies gehört streng genommen nicht zur Ermittlung oder Feststellung des streitigen Sachverhaltes: s. Anm. 1 S. 25.

Digitized by Google

weit er dann aber die dabei gewonnene Überzeugung zur Urteilsgrundlage machen darf, ist besonders zu prüfen.

Der eigentliche, ursprüngliche Sachverhalt kann dem Richter in unendlich verschiedener Weise entgegentreten — in den Eigenschaften und dem Aussehen des Streitgegenstandes selbst; in der urkundlichen Verkörperung der Parteiwillenserklärungen, die das streitige Rechtsverhältnis er- oder bezeugen; in den Spuren, die der rechtsschaffende Vorgang hinterlassen hat; in der Ähnlichkeit des Kindes, das auf Anerkennung der Vaterschaft klagt; in dem angerichteten Wildschaden; in den Wunden, die jemand bei einer Körperverletzung erhalten; in dem körperlichen Zustande der Eheleute bei Eheklagen[1]) u. s. w., u. s. w.

Man vergleiche hierzu Struckmann und Koch, Kommentar zu § 336; v. Sarwey, Kommentar zu § 336 Anm. 2; Kohler, Krit. Vierteljahrsschrift XXII S. 475; Wendt a. a. O. S. 268, 306 ff.; v. Canstein bei Busch, Zeitschr. II S. 326, 340, 353[52]; v. Weveld, Zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein. Dieser Schriftsteller beschränkt ihn auf den „Gegenstand des Rechtsstreites" (S. 1) und die „verkörperten Thatsachen des Rechtsstreites" (S. 54, 70), womit nicht viel gewonnen ist. Weshalb aber Heusler a. a. O., der sonst so nachdrücklich für die amtliche Augenscheinseinnahme eintritt, sie nicht auf den Inhalt von Urkunden ausdehnen will, darüber Näheres in § 20.

Zu weiterer Veranschaulichung hier noch einige Beispiele aus eigener Praxis.

---

[1]) Aus der Praxis, wo in einem Falle Impotenz des Ehemannes behauptet war, erinnere ich mich, daß der betr. Anwalt der Sache nicht anders beizukommen wußte, als daß er eine „editio penis" nach § 386 der C. P. O. beantragte! — In solchen Fällen werden sich (Wendt a. a. O. S. 307) Richter und Gerichtsschreiber wohl hinter den Sachverständigen zurückziehen: C. P. O. § 337 Abs. 1.

Digitized by Google

Bei einer Grenzstreitigkeit kommt bei der Verhandlung und Besichtigung an Ort und Stelle zur Sprache, auf der streitigen Grenze habe früher ein Lattenzaun gestanden. Würden dessen im Boden vermutlich noch vorhandene Pfahlreste aufgegraben, so könnte dadurch der ganze Streit sofort entschieden sein. Die Parteien selbst bitten nicht darum.

Beklagter leugnet, die ihm zugesandte Ware überhaupt gekauft zu haben; da Gegner sie ihm ohne Auftrag zugeschickt, so liege sie noch jetzt zu seiner Verfügung. Kläger behauptet unter Widerspruch des Gegners, dieser habe die Sendung angebrochen und davon verkauft. Schaffte Beklagter die Ware zur Stelle, so wäre damit die Sachlage ohne weiteres dargethan.

Dem Beklagten wird zur Last gelegt, das Pferd des Klägers scheu gemacht und dadurch irgend welchen Schaden angerichtet zu haben, während er seinerseits behauptet, das Tier sei von selbst durchgegangen. Kläger entgegnet, sein Pferd sei viel zu alt und schwach, als daß es an ein Durchgehen denke. Die Parteien führen aber weder das Tier dem Richter vor, noch bitten sie, es zu besichtigen.

Bei einer Klage wegen widerrechtlichen Stauens, das dem Kläger angeblich sein Trink- und Haushaltswasser abschnitt, bestreitet Beklagter, daß Kläger dieses Bachwasser je in der gedachten Weise genützt habe. Kläger will dies mit einer Menge von Zeugen beweisen. Die Belegenheit an Ort und Stelle ergiebt jedoch schon an sich, daß in dem Bache überall und auch bei der Wohnstätte des Klägers kleine Tröge zum Waschen und Wehre zum Auffangen des Wassers stehen, worauf jedoch keine der Parteien hinweist.

Jemand wird auf Zahlung eines Grundbuchkapitales belangt und behauptet, Gegnerin, Ehefrau A, könne zur Zeit die Schuld nicht einziehen, weil sie nicht im Besitze des Hypothekenbriefes

Digitized by Google

sei und deshalb auch nicht unter Vorlegung desselben, wie erforderlich, Quittung und Löschungsbewilligung erteilen könne. In dem Verhandlungstermine erscheint auch der Ehemann A, der von dem Prozesse gehört hatte, mit dem betreffenden Hypothekenbriefe in der Hand und erklärt, ohne vom Beklagten dazu veranlaßt zu sein, unter Wutausbrüchen gegen seine gerichtsbekanntermeise von ihm getrennt und in bitterster Feindschaft lebende Ehefrau, daß er auf keinen Fall die Urkunde herausgeben und das Geld durch die Frau einziehen lassen werde. (Nach Ansicht des Gerichtes, welche hier nicht näher begründet zu werden braucht, darf die Frage, ob Gläubigerin im Besitze des Hypothekenbriefes ist, nicht erst bei der Zwangsvollstreckung zur Erörterung kommen.)

An diesen Fällen prüfe man nun die Ansichten von Wendt a. a. O. S. 268; Bolgiano, Handbuch des Prozeßrechts S. 49; v. Weveld a. a. O. S. 45, 60; Heyßler bei Grünhut a. a. O. XIII S. 90; Langenbeck a. a. O. IV S. 485; Wach, Vorträge S. 57 und Kritische Vierteljahrsschrift XIV S. 332, 336; v. Bar in v. Holtzendorffs Encyklopädie S. 771; v. Wilmowski und Levy a. a. O. S. 446; andererseits Wetzell, System III. Aufl. S. 524; Ude a. a. O. V S. 327; VI S. 427; Heusler a. a. O. S. 267. Hiervon führe ich wörtlich an: v. Wilmowski und Levy: „Dies amtliche Recht — und diese entsprechende amtliche Pflicht [hat] ihre Schranke darin, daß das Gericht der Verhandlungsmaxime entsprechend nicht eine absolute Wahrheit zu erforschen, sondern nur über den aus den Parteibehauptungen sich ergebenden Prozeßstoff zu urteilen hat. Sind die beiderseitigen Behauptungen über einen thatsächlichen Zustand deutlich und übereinstimmend, eine Aufklärung durch Augenschein also überhaupt nicht nötig, so erübrigt er sich. Weder dann noch bei Differenzen der Parteien über den Zustand soll er mit

Digitized by Google

der Absicht benutzt werden, inquisitorisch zu forschen." — Wach: Der Richter hat nicht das Recht, „beliebig Augenscheinsobjekte als Beweismittel in den Prozeß einzuführen und auf diesem Wege zu brechen mit dem prozessualischen Prinzipe der Parteibeschaffung des Beweismaterials. — Wir würden eine gröbliche Verkennung der Richterpflicht konstatieren, ein Verfälschen des Civilprozesses mit inquisitorischen Elementen. Wie immer die Parteien ihren Willen, das Augenscheinsobjekt als Überzeugungsmittel zu benutzen, im Prozesse bekundet haben, allemal kann der Richter die Beweisaufnahme, den 'Augenschein' d. h. die sinnliche eigene Wahrnehmung, anordnen. Eines ausdrücklichen, formell darauf gerichteten Antrages bedarf es nicht." — „Die erlaubte Grenze wird überschritten, sobald er den Streitwillen ergänzt oder zu seiner Unterstützung von den Parteien nicht benütztes thatsächliches oder Beweismaterial in den Streit einführt resp. bei der Urteilsfällung benutzt." — „Nennen die Parteien im Verfahren das Augenscheinsobjekt und zwar derartig, daß sie ersichtlich es als Mittel der Wahrheitserforschung betrachtet wissen wollen, — so 'kann' nicht nur, sondern 'muß' das Gericht den relevanten Beweis aufnehmen. Fehlten [diese Voraussetzungen], so darf das Gericht sich ex officio Kenntnisse nicht verschaffen, welche die Parteien ihm zu verschaffen nicht gewillt waren." — Wetzell: „Die Vornahme eines Augenscheines ist von dem Antrage einer Partei nicht abhängig: der Richter darf sie, sobald die Verhandlungen darauf hinweisen, in jeder Lage des Prozesses von Amts wegen verfügen und muß nur den Parteien Gelegenheit geben, sich daran zu beteiligen, um auf die relevanten Punkte aufmerksam zu machen." — Heusler: „Die Aufrechterhaltung der Beweismittelqualität des Augenscheines ist ein

Digitized by Google

schwerwiegendes Hindernis einer gedeihlichen Praxis, um so mehr, wenn sich der deutsche Richter die theoretische Behauptung zu Herzen nimmt: die unbeschränkte amtliche Augenscheinseinnahme sei verwerflich."

Den beiden letzteren stimme ich von Herzen bei und lege auf das nachdrücklichste Einspruch dagegen ein, daß sich der Richter statt durch den klaren Wortlaut des Gesetzes in § 135 durch beschränkende Auslegungen irgendwie bestimmen läßt; vor allem aber auch dagegen — was schon in § 11 berührt ist —, daß aus der angeblichen „Beweismittelqualität" des Augenscheines irgend welche Folgerungen statt aus der Sache selbst gezogen werden. Doch damit sollen die wichtigen Fragen hier keineswegs abgethan sein; ich will vielmehr versuchen, darzulegen, was eigentlich das Wesen des sog. Augenscheines sei, und dann erörtern, wie sich sein verschiedenartiges Eingreifen im Prozeßverfahren zu § 135 stellt.

Der „Augenschein", welcher, wie anerkannt ist, eine pars pro toto benennt — statt „sinnlicher Wahrnehmung durchs Auge, Ohr, durch Geschmack, Geruch und Gefühl" —, bedeutet ja nichts anderes, als daß der Richter, wie dies bereits angedeutet ist, gewissermaßen durch die formalistische Schranke der Parteibehauptungen (§ 3) hindurch nach den ihnen zu Grunde liegenden Thatsachen ausspäht. Auch habe ich schon bemerkt (§ 2 a. E.), daß die ganze Prozeßführung, die Erklärungen und das Verhalten der Parteien, die Aussagen der Zeugen u. s. w. unter diese sinnliche Wahrnehmung fallen; der Richter hat alle diese Eindrücke zur Bildung seiner Überzeugung über den Prozeßstoff in sich aufzunehmen — je aufmerksamer, prüfender und umsichtiger, desto besser. Zunächst beschränkt sich das geistige Empfangen auf dasjenige, was die Parteien ihm vortragen; seine Anschauung des Rechtsverhältnisses wird und soll in erster Linie durch die Worte

Digitized by Google

der Parteien allein vermittelt werden. Weil aber das menschliche Wort unter Umständen ungenügend ist, ihm als dritten eine deutliche und klare Anschauung des Streitverhältnisses, seiner Ortsbelegenheit, Umgebung u. s. w. zu vermitteln, so kann es dem Richter oder den Parteien selbst — soweit sich das nicht nach § 134 beschaffen läßt — wünschenswert erscheinen, zur bloßen Verdeutlichung, Illustrierung der Parteivorträge den Streitgegenstand oder den Ort der Begebnisse zu besichtigen bezw. besichtigen zu lassen. Etwas Ähnliches wäre es, wenn die Zeugen, um Zweifel über die Identität des Streitgegenstandes z. B. des Gaules, der gewandelt werden soll, oder um Unklarheiten in ihren Angaben auszuschließen, in Gegenwart des ersteren, bezw. an Ort und Stelle vernommen werden (C. P. O. § 341 Nro. 1).

Erst hier, nicht schon bei der sinnlichen Wahrnehmung des „Prozeßstoffes", pflegt man von Augenschein zu sprechen und nennt ihn, wo er der Ermittlung dessen, was die Parteien behaupten wollen, dient, „Informationsaugenschein". (Vergl. § 8.) Über ihn ist im allgemeinen kein Streit.

Der Richter kann aber auch Veranlassung haben, sich die hinter den Behauptungen[1]) stehenden Thatsachen anzusehen, wenn ihre Nichtübereinstimmung mit jenen von einer Partei behauptet wird. Die Aufgabe des Richters, die eigene sinnliche Wahrnehmung eintreten zu lassen, ist dann selbstredend genau dieselbe;

---

[1]) Es ist streitig, ob das gelieferte Pferd eine Isabelle oder ein Schimmel ist: lebt das Tier noch, so kann der Richter sich unmittelbar von dem (ursprünglichen) Sachverhalte überzeugen.

Wie das Verhalten der Partei im Prozesse, so kann meiner Auffassung nach auch ihre Persönlichkeit selbst, z. B. zur Feststellung ihrer „Dummheit" in Wucherprozessen, dem Augenscheine unterworfen werden; vergl. meinen Bericht in den Schriften des Vereines für Socialpolitik Bd. 35 S. 249.

Digitized by Google

und zu ihr kann er in solchem Streitfalle entweder aus eigenem Antriebe schreiten oder durch Parteiantrag sich veranlaßt sehen. Es ist natürlich das Einfachste und Verständigste, daß sich der Richter von den noch wahrnehmbaren Umständen, von denen ihm die Behauptungen der Parteien erzählt haben, im Streitfalle unmittelbar überzeugt; auch kann es dabei keinen Unterschied machen, ob diese Umstände die unmittelbar, die eigentlich rechtserzeugenden Thatsachen selbst sind oder die praktisch so außerordentlich wichtigen „Indizien", welche durch „kritischen Beweis" (Heusler a. a. O. S. 221) den Rückschluß auf jene ermöglichen.

Jene unmittelbare Anschauung muß dagegen durch andere Mittel, z. B. durch Zeugenaussagen, ersetzt werden, wo sie zeitlich (oder räumlich) nicht möglich ist; sie kann dadurch ersetzt werden, z. B. durch Abordnung eines Sachverständigen, der dann Zeuge wird (Anm. 1 S. 25), wenn sie räumlich oder aus anderen Gründen unthunlich ist. Das ist aber immer ein Notbehelf, zumal in einem Verfahren, welches die „Unmittelbarkeit" der Verhandlungen als Hauptgrundsatz an die Spitze stellt. (Vergl. Planck a. a. O. S. 181: es wird „kein Ersatzbeweis — zugelassen, solange der Originalbeweis erreichbar ist.")

Heusler sagt (a. a. O. S. 238, 251, 257, 245, wozu Ude a. a. O. VI S. 437 und v. Canstein a. a. O. II S. 330 zu vergleichen ist): „Alles, was gegenwärtig noch wahrnehmbar ist, sollte vernünftigerweise nicht einem Beweise unterstellt werden, weil es sich für den Richter nicht ziemt, zu einem unter allen Umständen mangelhaften Surrogate seiner Wahrnehmung zu greifen, wenn ihm diese selbst zu Gebote steht." — „Das Erste und Sicherste ist die eigene Wahrnehmung des Richters; die hat er von Amts wegen unter allen Umstäuden sich zu verschaffen, soweit es möglich ist." Dasselbe drückt Puchta

Digitized by Google

a. a. O., mehr fühlend als unterscheidend, dadurch aus, daß er dem Augenscheine „Publizität" — Zugänglichkeit ohne Erlaubnis der Parteien — zuschreibt.

Sehr deutlich tritt auch die gleiche Auffassung bei Wetzell a. a. O. hervor. Er betont, daß der Beweis die eigene Wahrnehmung nur „ersetzen" könne, und scheidet deshalb ausdrücklich den Augenschein aus der Reihe der Beweismittel aus; sagt andererseits, daß die „unmittelbar wahrnehmbaren Thatsachen" notorisch d. h. unableugbar seien.

Ein zweiter Punkt ist aber, ob der Richter auch unbedingt zur Verwertung des Gesehenen u. s. w. als Urteilsgrundlage berechtigt ist; und hier ist es klar, daß er dabei wieder von der Selbstbestimmung der Parteien abhängt. Die Gründe dafür brauchen nicht nochmals wiederholt zu werden; die Sache liegt genau so, als wie wenn sonst, durch Zeugen zum Beispiel, eine möglicherweise durch die Partei verwertbare, aber bislang nicht verwertete Thatsache bekannt geworden ist.

Wie der Richter also, wo ihm das zweckdienlich erscheint, selbst gegen den Willen der Parteien den sog. „Informationsaugenschein" beschließen kann, so hat er im Streitfalle ebenso von Amts wegen zu dem ersten und sichersten Mittel der Feststellung zu greifen, zu der amtlichen Besichtigung, wozu ihn denn ja auch der klare Wortlaut des § 135 der C. P. O. ermächtigt. Eben weil es die beste Art der Feststellung ist, von der er nur aus Zweckmäßigkeitsgründen abweichen darf. Er darf deshalb auch in der ausgesprochenen oder nichtausgesprochenen Absicht Augenschein einnehmen, bei dieser Gelegenheit noch mehr Überzeugungsgründe, als die Partei aufgezählt hat, aufzufinden; macht er sie dann nur entsprechend[1]) der Vorschrift des § 258

[1]) Entsprechend, weil Augenscheinseinnahme keine Beweisaufnahme im eigentlichen Sinne ist. Die Anwendbarkeit ergiebt sich aber

Digitized by Google

der C. P. O. zum Gegenstande der Verhandlung, läßt er die Parteien darüber zu Worte kommen, so kann er nach § 259 ohne Beschränkung diese Umstände für seine „freie Beweiswürdigung" verwerten. Hier handelt es sich also um „Einführung in den Prozeß" solche Umstände betreffend, die selbst von den Parteien nicht behauptet sind, aber das von ihnen Vorgebrachte (a + b + c) bewahrheiten (vergl. unten die Anmerkung).

Er darf aber auch den Augenschein von Amts wegen — gemäß seiner allgemeinen Pflicht, eine erschöpfende Verhandlung der Sache anzubahnen, — dann anordnen, wenn er neben dem Behaupteten (a + b + c) noch die Thatsache d, deren Heranziehung ihm zweckdienlich erscheint, vermutet ermitteln (und zugleich, in diesem besonderen Falle, dadurch feststellen) zu können. Doch wird er sich allerdings hier doppelt zu fragen haben, ob er es nicht bei dem „habeat sibi!" bewenden lassen soll, zumal die geschickte Ausübung des Fragerechts den Parteien ja hinreichende Gelegenheit giebt, ihren Vorteil in dieser Hinsicht zu wahren. Immerhin, sowenig praktisch die Sache sein mag, — zumal der Richter unter solchen Umständen immer einen „Antrag" hervorzulocken versuchen wird! — muß ihm aber, um den Willen des Gesetzes klarzulegen, diese Befugnis zugesprochen werden. Mag der Richter aber absichtlich oder zufällig[1]) eine

---

aus dem bereits öfter berührten Charakter der mündlichen Verhandlung. — Reichsgericht, Entsch. a. a. O. XVII S. 426: Der Eindruck, den die Vernehmung eines Zeugen auf einen beauftragten Richter gemacht hat, darf nur dann verwertet werden, wenn derselbe „Gegenstand der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte" gewesen ist.

[1]) Kläger hatte Ersatz für das Umstoßen seiner Gartenmauer durch den Gegner gefordert; bei der Besichtigung findet der Richter, daß dem Kläger auch noch ein wertvoller Obstbaum zerbrochen ist, für den bislang kein Ersatz gefordert ist: neben (a + b + c) noch d. — Oder aber: Kläger hatte behauptet, die Mauer sei durch Sturm umgestürzt, weil Beklagter sie teilweise unterwühlt habe. Der Richter sieht an Ort und Stelle, daß

Digitized by Google

solche weitere Thatsache entdeckt haben, hier, wo es sich nicht um Feststellung eines behaupteten streitigen Sachverhaltes handelt, darf sie nur mit Willen der Partei für das Urteil verwertet werden.

Dieses an sich doch gewiß nicht unebene Ergebnis vermag das Selbstbestimmungsrecht der Parteien nicht im mindesten zu gefährden und ist andererseits eine mächtige Förderung eines vernünftigen Prozeßzweckes, der Feststellung des ursprünglichen Sachverhaltes. Daran könnte nun der Umstand zweifelhaft machen, daß dann doch neben § 135 der § 336 der C. P. O. völlig überflüssig wäre, weil der Antrag auf eine von Amts wegen vorzunehmende richterliche Handlung wohl nicht besonders geregelt zu werden brauchte.

§ 336 ist in der That, streng logisch, überflüssig; aber da seine Aufnahme in das Gesetz sich aus geschichtlichen und praktischen Gründen erklärt, so ist der Rückschluß nicht bindend, der amtliche Augenschein des § 135 könne nicht denselben Umfang haben, wie der beantragte, sei vielmehr nur „Informationsaugenschein", wozu man ihn nämlich herabzudrücken strebt.

Man erinnere sich, daß die Aufnahme des „Augenscheines" in die das Beweisverfahren regelnden Abschnitte der C. P. O. dem Hergebrachten entspricht und der handlichen Gewohnheit, ihn als „Beweismittel" zu bezeichnen; man erinnere sich ferner, daß genau dasselbe Verhältnis, wie zwischen § 135 und 336, zwischen ersterem und § 368 — Antrag auf Sachverständigenbeweis — besteht. Unzweifelhaft hat sich ja, wie hier in Anknüpfung an das bereits in Anm. 1 S. 25 Gesagte bemerkt werden mag, der

---

Beklagter allerdings neben der eingestürzten Mauer gegraben habe, diese aber auch sonst auf weite Strecken hin umgefallen sei — also offenbar nicht in Folge des Grabens: ein von den Parteien nicht vorgebrachter Umstand, der (a + b + c) widerlegt.

Digitized by Google

Richter die nötigen „Gehülfen“ (Reichsgericht, Entsch. a. a. O. VIII S. 345), sobald er eine Lücke in der Kette seiner Schlußfolgerungen entdeckt, die nur kunstverständiges Wissen ausfüllen kann, von Amts wegen heranzuziehen; entsprechend also beim Augenscheine selbst zu sehen, wo er kann. Man vergl. hier die sehr lehrreiche Entscheidung des Reichsgerichts (a. a. O. VII S. 389). Aber § 368 soll daneben zum Ausdruck bringen, daß auch die Parteien darauf hinweisen können, also vorbeugen, sobald sie etwa befürchten, daß der Richter, auf sich allein angewiesen, möglicherweise irrige Schlüsse im Urteile ziehen könnte. Man beachte endlich, daß nach der im folgenden Paragraphen aufgestellten Ansicht die gleiche Parallele zwischen der amtlichen Heranziehung von Urkunden und dem Antrage auf Vorlegung durch den Gegner (C. P. O. § 135 und 386) sich vorfindet; nur daß die sowohl für den Augenscheinsgegenstand, als auch für die Urkunde bestehende privatrechtliche Verbindlichkeit auf Vorzeigen durch das Editionsverfahren nach § 387, 388 und 391 für letztere erheblich verschärft ist.

Aus praktischem Grunde ist der § 336 mit der von ihm geforderten Parteiinitiative deshalb dem Gesetze eingereiht, weil es besser ist, den Wunsch der Partei wegen der Kosten, welche durch die bei Augenscheinseinnahme so häufig notwendig werdenden Verhandlungen außerhalb der Gerichtsstelle entstehen, abzuwarten, und der Richter deshalb die Verantwortung dafür gerne den Parteien überläßt. Abgesehen davon aber auch deshalb, weil die Parteien, besonders wenn sie vom richterlichen Fragerecht unterstützt werden, ja am besten zu übersehen vermögen, ob die richterliche Besichtigung förderlich sein werde oder nicht. Heffter zu Weber, Beweisführung S. 193 zweite Anm., nennt deshalb diese richterliche Thätigkeit recht zutreffend ein „richterliches Ergänzungsrecht“.

Digitized by Google

Für verfehlt muß ich es dagegen erachten, wollte man für die Tragweite des § 135 daraus, daß dieser weit vom Abschnitte über das „Beweisverfahren", also das Verfahren zur Feststellung *streitiger* Punkte, entfernt steht, mit *Langenbeck* (a. a. O.) Schlüsse ziehen: das *Gesetz* nimmt vielmehr den systematisch durchaus *richtigen* Standpunkt ein; es behandelt die unmittelbare richterliche Wahrnehmung, weil sie eben *keine Beweisaufnahme* ist, *da, wo sie hingehört*, unter den Vorschriften über richterliche Amtspflicht — ein dankenswerter Fingerzeig für die *Theorie*! — wo es keineswegs lediglich auf Klarstellung unbestrittener Behauptungen ankommt.

Zum Schlusse dieser für eine richtige Handhabung unseres Prozeßrechts so außerordentlich wichtigen Erörterung ein Hinweis darauf, daß der richterliche Augenschein selbstverständlich amtlich, unter Beisein und Mitwirkung der Parteien vorgenommen, überhaupt nach der bereits besprochenen Vorschrift in § 258 der C. P. O. Teil der Prozeßverhandlung werden muß. Der Eifer der Parteien wird auf manches, was sonst vielleicht verborgen bliebe, aufmerksam machen und so aufs beste zur Aufklärung beitragen. An den an Ort und Stelle gefundenen Spuren, welche für das Vorhandensein eines bestimmten Thatbestandes sprechen, knüpfen sich am natürlichsten die Parteischlußfolgerungen unmittelbar an. Damit ist selbstredend aber nicht verboten, daß der Richter, um den Parteien die Kosten und sich die Mühe zu ersparen, nicht auch gelegentlich, auf einem Spaziergange, sich den Ort des Thatbestandes u. s. w. ansehen dürfte, um ihn bei späterer Verhandlung klar vor Augen zu haben. Will er seine Kenntnis jedoch zur Entscheidung selbst verwerten, so wird er sich dann fragen müssen, ob er etwa eine *amtliche* Besichtigung nachholen solle oder ob die Sache als „gerichtskundig" zu erachten wäre, beispielsweise die Raumverhältnisse eines öffentlichen Weges, wo

Digitized by Google

ein Unglück vorgekommen ist, — auch wieder eine Sache des richterlichen Taktgefühls. (Vergl. Leonhardt, Die Errichtung von Handelsgerichten in Hannover S. 16.)

§ 20.

Fortsetzung. — Insbesondere durch amtliche Heranziehung von Urkunden.

Zu Beginn des vorigen Paragraphen ist der Augenschein des Richters ausdrücklich auch auf die „urkundlichen Verkörperungen der Parteiwillenserklärungen, die das streitige Rechtsverhältnis er- und bezeugen", erstreckt; hiermit tritt die Erörterung in eine schlimme Streitfrage[1]) ein, für deren Bejahung[2]) folgendes geltend gemacht werden kann.

---

[1]) Die übrigens schon dem gemeinen Rechte bekannt war. Ich verweise auf Wetzell a. a. O. S. 470[6] (der II. Aufl.): „Ältere Juristen, namentlich Rulant — Mevius — J. H. Böhmer —, nehmen sogar an, daß der Richter ex officio die Edition von Urkunden zum Zweck seiner Instruktion verordnen dürfe, was auf dispositive Urkunden beschränkt ganz konsequent ist."

[2]) Ausdrücklich anderer Ansicht, wie bemerkt, Heusler; auch Wendt a. a. O. S. 310 und v. Weveld a. a. O. S. 1, 56. Merkwürdigerweise zieht auch, soviel ich sehe, v. Canstein (bei Busch, Zeitschr. II S. 353), so sehr er sonst der Ausdehnung des richterlich-amtlichen Augenscheins geneigt ist, diese Folgerung nicht. Dagegen scheint sich Kohler, Krit. Vierteljahrsschr. XXII S. 474—476 derselben anzuschließen: „Der Augenschein kann nicht nur vorgenommen werden, um eine bestrittene Eigenschaft des Augenscheinsobjektes, sondern auch um einen Zustand zu konstatieren, aus welchem Schlüsse auf eine vergangene Handlung gezogen werden können; der Augenschein kann nicht nur das Beweisfaktum selbst, sondern möglicherweise ein bloßes Indizium ergeben. Es ist nun auch möglich, daß die Partei, um das Gedächtnis an einen Rechtsakt zu erhalten, irgend eine dauernde, etwa symbolische Vorkehrung treffe. — Nichts anderes aber als eine solche Vorkehrung ist die von den Parteien geschriebene Urkunde, welche bestimmt ist, entscheidende Spuren der maßgebenden Parteithätigkeit dem richterlichen Augenscheine darzu-

Digitized by Google

Eine Urkunde enthält entweder den verkörperten Thatbestand selbst, das an diese Form, z. B. beim Wechsel, geknüpfte Rechtsgeschäft, oder eine schriftliche Wiederspiegelung der erfolgten Willenserklärung — Schrift der Beweisbarkeit halber — oder das Anerkenntnis einer früheren Willenserklärung — schriftliches außergerichtliches Geständnis — oder irgendwelche andere Mitteilung über den ursprünglichen Sachverhalt — beispielsweise bei der Eintragung im Handelsbuche. Man wird sich zu fragen haben, warum dies Stück ursprünglichen Sachverhalts bezw. diese auf ihn einen Rückschluß gestattende Thatsache nicht, wie sonst derartige Thatumstände, dem richterlichen Augenschein unterworfen sein sollten.

Jedenfalls läßt sich das argumentum a contrario aus § 133 Abs. 1 der C. P. O., weil hier das amtliche Verlangen an die Parteien, Urkunden vorzulegen, für bestimmte Fälle zugelassen sei, nicht dagegen verwenden. Wenigstens halte ich es nicht für durchschlagend, sobald sich gewichtige Gründe positiv für obige Auffassung ergeben.

Auch läßt sich letztere nicht dadurch ad absurdum führen, daß man sagt: dann müsse der Richter auch Zeugen von Amts wegen vernehmen können, weil sie durch ihre Mitteilung (wie bei der „vox mortua“ der Urkunde) ein Stück des ursprünglichen Sachverhaltes dem Richter und seiner sinnlichen Wahrnehmung durchs Gehör (wie durchs Gesicht bei der Urkunde) vorzuführen

---

bieten“ u. s. w. Auch v. Canstein a. a. O. sagt übrigens: „Dispositionsurkunden sind — nicht Beweismittel, sondern Augenscheinsobjekte.“ Schließlich möchte ich hier noch die merkwürdige Äußerung Puchtas in seinen Institutionen II § 174 verzeichnen: Als Beweismittel — „gelten den Römern zunächst die Spuren, welche die [zu —?] beweisende Thatsache selbst bei ihrem Eintritte zurückgelassen hat, so namentlich in einer Schrift, die darüber aufgenommen worden, oder in der Erinnerung einer Person, die dabei gegenwärtig gewesen“.

Digitized by Google

vermöchten (vergl. Anm. 2 S. 153 a. E.). Denn ein solches Weiterschließen wäre verfehlt und deshalb nicht gegenbeweistüchtig. Ich knüpfe hier wiederum an Heusler an, welcher a. a. O. S. 280 und 298 von den Urkunden sagt, es seien „diejenigen schriftlichen Aufzeichnungen oder bildlichen Darstellungen", welche „den Rechtsakt selbst oder ein Geständnis darüber oder ein Indiz dafür zum Ausdruck bringen". Gewiß ist ihm nun zuzugeben (entgegen u. a. der Planckschen Ansicht, Lehrbuch S. 253), daß der Augenscheinsgegenstand kein Beweismittel, die Urkunde dagegen ein Beweismittel sei (S. 240 dort); aber weshalb sollte nicht umgekehrt ein Beweismittel auch Augenscheinsgegenstand unter Umständen sein können, sobald aus dem Beweismittel ein „Erkenntnismittel" wird? (S. 249 dort und oben § 2.) Was soll die keineswegs überzeugende Begriffsbestimmung Heuslers (S. 241): „Augenscheinsobjekt ist eine Sache, deren zu verifizierende Beschaffenheit oder Eigenschaft gerade den bestrittenen Punkt bildet, um den der Prozeß geführt wird; Urkunde ist eine Sache, welche über den außerhalb ihrer liegenden Streitpunkt Auskunft giebt"? Wie kann Heusler (S. 241 [9]) Bähr ad absurdum führen wollen, wenn er den Worten desselben: 'der Urkundenbeweis ist ein Beweis durch Augenschein; die Urkunde beweist, indem sie eine bestimmte Schrift oder sonstige Zeichen dem Auge des Richters vorführt' — entgegensetzt: „Dasselbe wäre natürlich mutatis mutandis auch von Zeugen zu sagen [vergl. Plósz a. a. O. S. 102] und schließlich hätte man nur ein Beweismittel, den Augenschein"? wo er doch selbst S. 251 bemerkt: die Pflicht der eigenen Wahrnehmung gehe für den Richter „im Grunde" soweit, daß er auch zu dem „Surrogate des Zeugen" greifen müßte, dispensierte ihn das Gesetz nicht rein aus Gründen der Zweckmäßigkeit davon! — Auch Wach (Krit. Vierteljahrsschr. XIV S. 335) sagt, daß „zwischen Urkunde und Augenscheinsobjekt

Digitized by Google

— ein begrifflicher Gegensatz nicht bestehe" und „für beide die allgemeinen prozessualischen Regeln gleich maßgebend" seien. Er bestätigt also die verteidigte Auffassung, so sehr er sich gegen die hier gezogene Folge verwahren würde.

Der Hinweis auf die zweifellos unstatthafte Vernehmung amtlich ausgewählter Zeugen ist aber deshalb verfehlt, weil es sich hier um dritte Personen handelt, die nur unter ganz bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen — nach der lex lata C. P. O. § 338 nur nach „Benennung" durch die Partei — wie zur Ablegung ihres Zeugnisses, so zur Herausgabe ihrer Urkunden (C. P. O. § 394) und zum Besichtigenlassen ihres sonstigen Besitzes verpflichtet sind. Sie stehen eben außerhalb des Parteiverhältnisses. Ganz anders aber liegt die Sache bei den Parteien selbst, und auf die in ihrem Besitze befindlichen Urkunden ist das Recht des Richters, Vorlegung zu verlangen, allerdings zu beschränken. Auch auf die Urkunden in dem Besitze öffentlicher Behörden läßt sich dies Recht der Heranziehung nicht ausdehnen, da ja die Behörde nur eine besonders geartete, besonders gestellte „dritte Person" ist. Doch ließe sich bei ihnen der Gesichtspunkt verwenden, sie seien als im Besitze des die Richtergewalt handhabenden Staates „gerichtskundig". Ich möchte hierauf jedoch nicht weiter eingehen und verweise nur noch auf die merkwürdige Äußerung Wetzells (System II. und III. Aufl. § 20), — notorisch seien thatsächliche Zustände, welche der Richter unmittelbar mit seinen Sinnen (Augenschein) wahrzunehmen im stande sei, namentlich auch Willensakte, die sich in schriftlicher Form verkörpert hätten. (S. hier oben Anm. 1 S. 153.) Leider hat sich bekanntlich auch an den Sinn seiner Worte, ganz abgesehen von der Sache selbst, eine Streitfrage angesetzt: Wach, Vorträge S. 150 im „Exkurse" und Heusler a. a. O. S. 239. —

Der praktische Wert meiner Auffassung, welche nebenbei

Digitized by Google

noch den Vorteil der am Ende des vorigen Paragraphen angedeuteten Paralleliſierung hat, iſt übrigens ebenſo gering, wie es die Befugnis des Gerichts wäre (§ 11), alle ihm in dem Prozeßverfahren auch nur bekannt gewordenen Zeugen ohne „Parteibenennung" vernehmen zu dürfen. Hier kam es deshalb nur auf eine grundſätzliche Klarſtellung des Umfanges vom amtlichen Augenſcheine an. —

Noch ein mit merkwürdiger Zähigkeit immer wieder auftauchendes Bedenken (ſo auch bei Korn a. a. O. S. 209) iſt endlich zu beſeitigen. Um ein amtliches Eingreifen in Privatgeheimniſſe handelt es ſich beim amtlich beſchloſſenen Augenſchein nicht im mindeſten! Daß der Richter bei Ermittlung und Feſtſtellung des civilprozeſſualiſchen Sachverhaltes niemals einen unmittelbaren Zwang ausübe, ſelbſt beim richterlichen Eide nicht — der der Partei vielmehr anheimſtellt, eine ihr günſtige prozeſſualiſche Lage zu ihrem Vorteile auszunutzen —, iſt ſchon zu wiederholten Malen betont. Macht es denn etwa ſachlich einen Unterſchied, ob der Richter erklärt: Ich wünſche wegen eines beſtimmten ſtreitigen Poſtens die Handelsbücher des Klägers zu ſehen, obwohl beide Parteien an dieſe nicht gedacht oder ſich nicht darauf bezogen haben; oder ob er das erſt auf Antrag einer Partei thut? Da doch ja eben, wie auch v. Sarwey, Kommentar zu § 336 unter Nro. 3 ausdrücklich hervorhebt, ein „unmittelbarer gerichtlicher Zwang zur Vorzeigung der Sache [des Körpers, der Handelsbücher, des Streitgegenſtandes u. ſ. w.] — auch in dem Falle nicht ſtattfindet, wenn der Augenſchein von Amts wegen angeordnet iſt". Auch dem von Wach ſo gefürchteten Richter, der zum Probieren in den Weinkeller des Klägers ſteigen oder deſſen Schreibtiſch nach beweiſenden Urkunden durchwühlen wollte, könnte die Partei die Thür vor der Naſe zuſchließen! —

Digitized by Google

Hierher gehört denn zum Schlusse auch noch der wichtige Punkt, ob Beweisurkunden wirklich der „mündlichen Verhandlung" unterworfen, also von Anfang bis zum Ende „vorgetragen" werden müssen, wie Reichsgericht, Entsch. a. a. O. IV S. 379 thatsächlich verlangt. Ich verweise auf folgende Schriftsteller[1]): Wach, Vorträge S. 7 und Prozeßenquete a. a. O. S. 77[81]; Bähr über letztere S. 18 und Reichsgerichtsurteile S. 229; Wengler a. a. O. S. 74[3]; Lippmann, Arch. f. d. civ. Praxis LXX S. 90; Vierhaus in Busch' Zeitschr. V S. 96; Kulemann ebenda XI S. 356[6]; v. Krämel ebenda VI S. 177 („Der Prozeß ist doch nicht der Mündlichkeit wegen da. Dieselbe dient nur dazu, den Richtern von der Sachlage und den Rechtsausführungen der Parteien Kenntnis zu verschaffen. Was die Richter wissen, das brauchen die Parteien ihnen nicht zu sagen."); Verhandlung der Civilprozeßkommission S. 50; Planck a. a. O. S. 187; Berend a. a. O. S. 351; Rocholl, Jur. Wochenschr. 1883 S. 145 ff. — Mit Wachs Verwerfung dieser Forderung, einer wahrhaft selbstgeschaffenen Pein für die Gerichte, möchte ich mich voll einverstanden erklären und glauben, daß von der oben entwickelten Ansicht über amtliche Augenscheinseinnahme aus, insbesondere auch bei Urkunden, niemand auf die Heranziehung des § 128 Abs. 2 der C. P. O. bei letzteren verfallen wäre; es würde überhaupt weit heilsamer sein, wollte man den Schwerpunkt des Verfahrens statt in jener Vor-

---

[1]) Bei der verwandten Frage, ob der Inhalt der Prozeßakten erster Instanz für das Berufungsgericht offenkundig sei, verwirft Bünger (Busch' Zeitschr. IV S. 352) die Wachsche Ansicht wesentlich auch aus dem Gesichtspunkte der Verhandlungsmaxime; denn „die mündliche Verhandlung [sei] das ausschließliche Gefäß für den der Beurteilung des Gerichts unterbreiteten thatsächlichen Streitstoff, über dessen äußere Grenzen das Gericht nicht hinausgreifen" dürfe.

Digitized by Google

schrift im ersten Satze des § 320 finden: „Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte"!

§ 21.

Anhang: praktischer Wert der bisher dargestellten Forschungsmittel.

Über die thatsächliche Bedeutung einer genauen Selbstbetrachtung der streitigen Thatumstände durch den Richter braucht nach dem oben bereits über den Wert des Fragerechts Gesagten wohl kaum noch ein Wort verloren zu werden. Puchta sagt in der zu Anfang dieser Abhandlung angeführten trefflichen Schrift (S. 72[68]): Der Bauer „setzt ein großes Gewicht auf die anschauende Kenntnis, und es scheint, als ob der schlichte Menschenverstand hier ihn so unrecht nicht führe". — Soll der Richter überhaupt den ursprünglichen Sachverhalt, soweit ihn nicht übereinstimmende oder doch unstreitige Parteibehauptungen endgültig in den Hintergrund drängen, erforschen, — hier sieht er ihn, soweit er noch erkennbar ist, selbst vor sich, während ihn auch die erfragte Mitteilung der Partei nur mehr oder weniger deutlich, mehr oder weniger verzerrt wiederzugeben, wiederzuspiegeln vermag. Hier erst gewinnt der Richter die so oft schmerzlichst vermißte wahre Fühlung mit den thatsächlichen Verhältnissen; das unvermeidlich Nebelhafte der Personen und Handlungen weicht einer lebensfrischen Anschauung des Thatsächlichen; viel nutzlose Streitigkeiten und Mißverständnisse, viel kostspielige Beweiserhebungen werden dadurch abgeschnitten. Die richterliche Augenscheinseinnahme ist keine Beweiserhebung und fordert, auch davon abgesehen, nicht, wie die Vernehmungen der Sachverständigen, ein besonderes Verfahren oder einen besonderen Beschluß (C. P. O. § 323). Sie verquickt sich mit der Verhand-

Digitized by Google

lung selbst und kann deshalb auch nicht, wie das förmliche Beweisverfahren, mit den Begründungen zur C. P. O. S. 204 als „ein Zwischenfall, — welcher den regelmäßigen Verlauf des Prozesses hinderte", betrachtet werden. Dies festzuhalten und auch im Drange der Prozeßtage zu beachten, ist wichtig, wenn die Parteien die Augenscheinsgegenstände z. B. Urkunden u. s. w. sofort vorlegen.

Zusammenfassend möchte ich noch folgendes hervorheben.

Es würde irrig sein, die Wichtigkeit der geschilderten richterlichen Maßnahmen, den Parteien bei der Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes zu Hülfe zu kommen, deshalb zu unterschätzen, weil, wie wiederholt betont ist, die von der Ausforschung betroffene Partei passiven Widerstand zu leisten vermag; weil sie nicht zu antworten und nicht zu erscheinen braucht (die Zwangsgestellung in Ehesachen nach § 579 der C. P. O. fehlt bekanntlich bei § 132 und 268 Abs. 2); weil sie den von ihr besessenen Gegenstand, welchen der Richter zu sehen wünscht, nicht gezwungen werden kann vorzuzeigen. Kann doch auch im Strafprozeß eine Aussage nicht wider Willen des Beschuldigten erreicht werden (§ 136 Abs. 1 der Str. P. O.), wenngleich die „Vorführung" (§ 134 dort) und die „Beschlagnahme" (§ 94 dort) gegen ihn weitergehende Rechte geben. — Der mächtige Hebel zur Überwindung dieses Widerstandes liegt in allen Fällen im § 259 verbunden mit § 260 der C. P. O., wie schon an den betr. Stellen zur Genüge gezeigt ist; und dieser angeblich zu erwartende Widerstand ist thatsächlich weit geringer, als man anzunehmen geneigt sein möchte. Denn der Parteieifer macht schon an und für sich beredt; die Parteien setzen sich durch Nichtbefolgung richterlicher Wünsche nicht gern in ein ungünstiges Licht und ziehen durch offene, aufrichtige Darlegung des Sachverhältnisses auch meist selbst Vorteil oder hoffen ihn doch zu ziehen. Und so dürfte denn

Digitized by Google

auch die von Bähr (Jahrbücher für Dogm. XXIII S. 409 — s. oben § 17) erwähnte „berechtigte“ bezw. „nicht sündhafte Prozeßtaktik“ allmählich vor der unparteiischen Forschung des Richters verschwinden und in Vergessenheit geraten, wenn zu ihr die Klugheit dem verschlagenen, selbstsüchtigen Gegner gegenüber auch riete.

Freilich sind alle jene Mittel machtlos, solange nicht der Richter von der Bedeutung einer wahrhaft freien Würdigung der Sachlage nach § 259 durchdrungen ist; sie muß ihn auf Schritt und Tritt im Verfahren begleiten, und keine Handlung, kein Winkelzug, ja kein Mienenspiel der Parteien darf ihr entgehen! Denn dies alles umfaßt sie, obwohl sie gewöhnlich zu eng „Beweiswürdigung“ genannt wird, wie sich aus dem Wortlaute des § 259 der C. P. O. ohne weiteres ergiebt: „Berücksichtigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme.“

§ 22.

5. Der richterliche Eid (C. P. O. § 437).

Ich komme jetzt zu dem letzten wichtigen Hülfsmittel des Richters[1]) bei der Feststellung des Sachverhaltes, wodurch er die Partei gewissermaßen selbst zum „Beweismittel“ macht (§ 11) und die „wirkliche Wahrheit zu erforschen sucht“ (Bethmann-

[1]) Der Vollständigkeit wegen mag noch auf das amtliche Vorgehen des Richters nach § 391 (Anordnung des Editionseides), 400 („kann anordnen, daß der Beweisführer die Urkunde vorlege“) und 402 (Anfrage bei der öffentlichen Behörde über Echtheit) hingewiesen sein.

Über den § 264 (Gerichtskundigkeit) ist schon in einem anderen Zusammenhange gesprochen (§ 16).

Digitized by Google

Hollweg a. a. O. S. 256[5]), dem „richterlichen Eide“ oder „Beweiseide“ des § 437 der C. P. O.[1])

Das Gericht erklärt der Partei: ich will deine gar nicht oder doch nur zum Teile mit Beweis belegte Behauptung als mit dem ursprünglichen Sachverhalte übereinstimmend trotz Widerspruchs des Gegners anerkennen, wenn du sie eidlich erhärtest. „Es ist wahr“ in der Eidesformel bedeutet: es entspricht dem ursprünglichen Sachverhalte. Es wird also auf die Gewissenhaftigkeit der Partei selbst abgestellt, ob der Richter zu dem ursprünglichen Sachverhalt sozusagen „durchdringt“ (Bähr, Jahrbücher für Dogm. XXV S. 395).

Die Anwendbarkeit dieses Feststellungsmittels ist aber von dem des Fragerechts und Augenscheines wesentlich abweichend. Letztere beiden sollen dem Gesetze nach („ist das Ergebnis der Verhandlungen — nicht ausreichend“ Motive S. 286), da auch dieser Eid die „ultima ratio“ (Motive S. 287) bleiben soll, vorhergegangen sein. Ist das aber geschehen, so hat der Richter völlig freie Hand — auch in der Fassung des Eides und gegenüber den Regeln der Beweislast (§ 10 und Anm. 2 S. 64; Motive S. 287; Reichsgericht, Entsch. a. a.

---

[1]) Demelius, Schiedseid S. 117[28]; Wendt a. a. O. S. 276. Wach sagt in seinen Vorträgen S. 163, die Partei im Civilprozesse sei nicht Beweismittel; und S. 177: „Dagegen ist im richterlichen Eide an Stelle der ungefunden Forderung einer eidlichen Vernehmung der Parteien in eigener Sache dem Richter das wichtige Mittel zur Verwertung der Partei als Beweismittel im Prozesse nicht nur erhalten, sondern auch erheblich erweitert.“ Heusler a. a. O. S. 299: „Der Noteid ist kein Beweismittel, sondern ein vom Richter nach Ermessen (immerhin innerhalb der ihm durch das Gesetz gezogenen Schranken) angewendetes Erkenntnismittel, zu welchem der Richter seine Zuflucht nimmt, teils um einen unvollständigen historischen Beweis zu ergänzen resp. rechtsunwirksam zu machen, teils um den Schluß von einer Thatsache auf eine andere zu verstärken resp. zu vernichten.“

Digitized by Google

O. XVIII S. 163); seine Entschlüsse sind selbständig und vom Anerbieten oder Antrage der Parteien unabhängig. Ein geschicktes Vorgehen, verbunden mit ausgiebiger Ausnutzung des richterlichen Fragerechts, macht die Anwendung dieses Mittels, wie Glaser a. a. O. S. 476[38] und 434[20] anerkennt, der eidlichen Abhörung der Parteien nach österreichischem und englischem Prozeßrechte sehr ähnlich (s. oben Anm. 2 S. 133); nur den Nachteil hat der richterliche Eid, daß er formalistischer ist, weil er eine Festsetzung im voraus enthält, nach Ableistung also nicht von neuem die Sache geprüft werden kann.

Wach, Vorträge S. 175 sagt: „In der — Behandlung des richterlichen Eides liegt nicht eine richterliche freie Forschung. Der Richter führt nicht Beweismittel in den Prozeß ex officio ein. Die Parteibehauptung ist Prozeßstoff. Die Partei als aussagende Person steht dem Richter gegenüber. Er erklärt ihr, daß er ihrer Aussage nur Glauben schenken könne, wenn sie dieselbe beeidigt. Sowenig der Richter dadurch, daß er die von der Partei benannten Zeugen von Amts wegen beeidigt oder unbeeidigt vernimmt, ein Beweismittel in den Prozeß einführt, thut er es mit der Partei, wenn er ihr verstattet, ihre Aussage mit der Garantie der eidlichen Bekräftigung zu versehen. Er inquiriert nicht, erpreßt nicht von der Partei Aussagen, welche nicht gewollt sind." — Wenn er sie nun aber eine Behauptung des Gegners abschwören läßt?! —

Allerdings ist nun der richterliche Eid unzweifelhaft sehr brauchbar zur Beweisergänzung nicht ganz aufgeklärter Punkte; bisweilen sogar unentbehrlich, um eine Kette von Folgerungsthatsachen zu schließen, wo dem Berechtigten sonst jeder Nachweis (auch durch Eideszuschiebung) fehlen und ihm deshalb sein Recht abgesprochen werden müßte. Je inniger aber der Richter von den Mängeln des Parteieides, die auch dieser richterliche Eid in

Digitized by Google

gewissem Grade teilt, überzeugt ist, je mehr er sich seiner Pflicht, auch ohne Eid mit allen Kräften den Thatbestand zu ergründen, bewußt ist, desto seltener wird er zu diesem Aushülfsmittel greifen, diesen Hochdruck der Wahrheitsfeststellung ausüben.

§ 23.

IV. Die richterliche Mitwirkungspflicht als Mittel zur Unterdrückung des Parteieides.

1. Die augenblickliche Rechtsübung.

Die zielbewußte Aufdeckung des ursprünglichen Sachverhaltes im Civilprozesse durch den Richter, verbunden mit einer freimütigen Würdigung des Verhandlungsinhaltes und der von den Parteien beigebrachten Beweise ist einzig im stande, das Prozeßverfahren von dem bösen Ballast der Parteieide zu befreien und damit einen der wichtigsten Zwecke der unmittelbaren mündlichen Verhandlung in Wirklichkeit umzusetzen.

Ich vermag mich jedoch des Eindruckes nicht zu erwehren, daß die deutschen Civilgerichte, wie ihnen bei Ermittlung des Sachverhalts noch allzusehr die Gewöhnung an die starre Verhandlungsmaxime nachhängt, so bei Feststellung desselben in Anwendung der schönen Befugnisse des § 259 der C. P. O. häufig noch zu zaghaft sind; und daß deshalb zum lebhaften Ärgernisse des rechtsuchenden Publikums die Civilprozesse immer und immer wieder auf der Sandbank des Parteieides stranden. Man kann sich voll und ganz der oben dargelegten Schranken der richterlichen Mitwirkungspflicht bewußt sein, ohne deshalb die freie Beweiswürdigung, die im Civil- und Strafprozeß grundsätzlich die gleiche ist, in

Digitized by Google

beiden verschieden zu handhaben. Und es geschieht dies thatsächlich; ihre Durchführung steht im Civilprozesse nicht auf der Höhe, die sie im Strafprozesse innehat, wo man doch auch den Sachverhalt ohne Beeidigung der Parteien feststellt und feststellen muß; es geschieht trotz der „immer größeren Annäherung" zwischen Civil- und Strafprozeß, von der Glaser a. a. O. S. 437 spricht und wozu er ebenda S. 422 bemerkt: „Der Zug der modernen Entwicklung — geht — dahin, dem natürlichen Momente, [im Beweisrechte, welches gegenüber dem künstlichen „darauf hinarbeitet, die Thatfrage rein als solche zu behandeln, den Richter in die Lage zu versetzen, das, was ihm nach den Ergebnissen des Verfahrens als der wahre Sachverhalt erscheint, seiner Entscheidung zu Grunde zu legen"] nach dem Vorbilde des Strafprozesses die Oberhand zu verschaffen, soweit dies nur irgend möglich ist, ohne daß das Mittel den Zweck, der bürgerliche Prozeß das bürgerliche Recht beeinträchtigt." (von Canstein, Rationelle Grundlagen S. 29; Wendt a. a. O. S. 282.) Es geschieht, obwohl § 260 der Str. P. O. und § 259 der C. P. O. bis auf den Schlußsatz, die „gesetzlichen Beweisregeln" betr., deren geringen Umfang § 12 hier vor Augen zu stellen versucht hat, fast wörtlich übereinstimmen. Wer von den deutschen Prozeßordnungen nur diese beiden Vorschriften kennt und nacheinander in eine Straf- und in eine Civilgerichtsverhandlung träte, der würde billig erstaunen, daß derselbe Richter in Fragen, bei denen es sich um Ehre und das leibliche und bürgerliche Dasein eines Menschen handelt, so sehr viel mehr einer allgemein überzeugenden Beweisführung zugänglich ist, als da, wo es sich um ein oft armseliges Mein und Dein handelt; daß dort der sog. Indizienbeweis[1]) mit so großer Geschicklichkeit

[1]) Der nach Wendts Zeugnis z. B. (a. a. O. S. 281) im Civilprozesse ein durchaus verkümmertes Dasein führte und erst durch Heus-

Digitized by Google

gehandhabt wird, während er hier einem gewissen Widerwillen und achselzuckenden Mißtrauen begegnet, so daß der Streit nicht eher zur Ruhe kommt, als bis alles von den Parteien beschworen ist. (Vergl. Eck, a. a. O. S. 27.) Hier nur zwei Beispiele aus der Rechtsprechung statt vieler.

Bei einem Landgerichte beobachtete man, daß ein gewisser Anwalt jedesmal, wenn die Sache seiner Partei am Schlusse der Verhandlungen bedroht schien, über irgend eine beliebige (Einreden- oder Replik-) Thatsache, die das Recht des Gegners aufzuheben geeignet war, diesem einen Eid zuschob. Das Kolleg ging trotz aller Bemühungen eines jüngeren Mitgliedes immer auf diese Eideszuschiebung ein; und so erhielt der Anwalt die unberechtigte Vergünstigung, seiner Partei, falls der Eid aus irgend einem Grunde nicht geleistet wurde, zum Siege zu verhelfen oder zu sagen, sie sei ja am Eide des Gegners gescheitert. Das Gericht war zu ängstlich, zu merken, daß es Opfer einer mutwilligen Ausbeutung des Prozeßrechts wurde und ihm ein nachdrückliches Geltendmachen der freien Beweiswürdigung darüber hingeholfen hätte[1]).

In einem anderen Falle hatte der Vormund der Erben des weiland Vollmeiers A den Bruder des letzteren auf 60 M. Wiesenpachtgeld verklagt. Beklagter B erklärt, er habe nur 40 M. ausgemacht und allein vor den Leuten, insbesondere um die Frau seines Bruders A nicht zu erzürnen, mit seinem Bruder immer von einem Pachtzinse von 60 M. gesprochen. So erklärten sich seine verfänglichen Äußerungen, auf die sich Gegner deshalb mit

---

lers Verdienst wieder mehr in Schwang gekommen ist. Vergl. die Ansichten Bährs darüber: Jahrbücher für Dogm. XXV S. 397 und Rechtsmittel zweiter Instanz S. 70.

[1]) Entsprechende gegenteilige Stimmen auf dem 8. Anwaltstage S. 18—20 der Beilage in der juristischen Wochenschrift 1881.

Digitized by Google

Unrecht beriefe. Beklagter ist bei dem Gerichte (Amtsgerichte) als ein durchaus vertrauenswürdiger und wohlhabender Mann bekannt, dem also an den streitigen 20 M. nicht wesentlich gelegen sein konnte. Auf seinen Antrag wurde ein gebildeter Ökonom, Gutspächter C, als Zeuge vernommen, ein unzweifelhaft einsichtsvoller und zuverlässiger Mann, der beide Brüder und ihre Verhältnisse genau kannte. Er sagt aus: verblümt habe ihm der weiland A die Festsetzung eines Pachtzinses zu geringerem Betrage als 60 M. zugegeben; er sei überzeugt, daß die höhere Summe wegen der Frau des A nur vorgegeben sei; auch deshalb urteile er so, weil der Pachtzins von 40 M. angemessen, von 60 M. zu hoch sei. B hat, wie noch ausdrücklich hervorgehoben sein mag, von vorneherein ohne Umschweife eingeräumt, daß er die ihn verdächtigenden Äußerungen in der That gemacht habe, hat auch auf das bestimmteste erklärt, daß er den ihm zugeschobenen Eid, aber nur wenn nötig, ausschwören wolle. — Die Klage wurde daraufhin bis auf 40 M. rundweg abgewiesen. Das Berufungsgericht aber, welches die Parteien und den Zeugen weder gesehen hatte noch kannte, den Verhältnissen an und für sich ferne stand, dem ausweislich seines Urteilsthatbestandes kein neuer Erwägungsgrund in zweiter Instanz zugebracht war, erkennt auf den dem Beklagten zugeschobenen Eid!! Dieser Eid ist nachher abgeleistet. — Man halte mir nicht entgegen: ein Urteil ließe sich nach meiner schriftlichen Wiedergabe über den Fall nicht gewinnen. Hatte das Landgericht denn etwas anderes, als es das erste Urteil umstieß? Der Zauber der Rede, der „mündlichen Verhandlung" der Anwälte thut's doch auch nicht! Die alte Formel der Berufungs-Entscheidungen: „Verwerfung propter non elisas" — „ob bei richtiger und vollständiger Würdigung aller einschlagenden Verhältnisse ein Grund zur Abänderung — vorliegt" (Reichsgericht, Entsch. a. a. O. II

Digitized by Google

S. 406; Rocholl a. a. O. I S. 512) ist für die höheren Gerichte, so wünschenswert sie auch sonst schon zum Vorteile der Stetigkeit und Gleichförmigkeit der Rechtspflege und des Ansehens der Behörden selbst ist, bei freier Würdigung des Thatsächlichen ganz besonders angezeigt. Da unter allen Umständen das untere Gericht den Verhältnissen näher steht, so wäre es für das Berufungsgericht sehr geraten, seine Nachprüfung mit der Frage zu beginnen: „Ist etwas Verständiges gegen das angegriffene Urteil vorgebracht?“ —

Schiebt der Richter — um von dieser kleinen Abschweifung zurückzukehren — den Parteieid so weit als irgend möglich in den Hintergrund, so braucht er deshalb noch nicht leichtgläubig und leichtfertig auf die Versicherungen der Parteien oder der Zeugen einzugehen. Gewiß soll er noch vorsichtiger sein, als ein verständiger Mann im täglichen Leben, ehe er sich seine amtliche Überzeugung von der Wahrheit gewisser Umstände bildet. Aber ein spezifisch anderes Abwägen wird nicht verlangt, obwohl sich vielleicht die meisten Praktiker bei einer Prozeßverhandlung unter dem unbehaglichen Banne dieser Auffassung stehen fühlen. Denn beweisen ist „nichts anderes — als die Begründung einer vernünftigen Überzeugung“, nicht eine „Art mechanischen In-Gewißheit-Setzens“ (Bähr am letztang. Orte S. 70). Man muß dabei dreierlei beachten.

Einmal ist die ganze juristische Kunst ja selbst nichts weiter als die Wissenschaft oder, genauer gesagt, das Können und Verstehen, die entgegengesetzten Interessen der Parteien und die sie beeinflussenden Möglichkeiten vorsichtig gegeneinander nach Anleitung der Gesetze abzumessen; sie ist, um mit R. von Jhering (Geist des römischen Rechts II S. 303) zu reden, der Niederschlag der gesunden Rechtsanschauungen und Erfahrungen vergangener Zeiten, auch z. B. darüber, wie man Parteien und

Digitized by Google

Zeugen vor Gericht zu prüfen und zu beurteilen habe. Diese Prüfung und Erwägung ist also nicht der Art nach etwas anderes als die des besonnenen Urteilens im täglichen Leben. Und die Beweisregeln des alten Prozesses, denen Planck (Kritische Vierteljahrsschrift IV S. 250, 251) „Goldeswert" zuspricht, mögen daneben ja immerhin noch Wegweiser und Anleiter im Drange des Rechtsstreites und bei dem Ansturme der Parteien bleiben. Das natürliche Rechtsgefühl soll aber auch hier der Leitpunkt des Richters sein, zumal es ja eben unbewußt in jener juristischen Kunst wurzelt: erst wenn dieser sich über die ihm dadurch gewiesene Anschauung der Sache klar ist, mag er sie auf der Goldwage seiner eigentlich juristischen Wissenschaft nachprüfen[1]) und nachwägen. Auch die neuere Naturwissenschaft sieht in den körperlichen unbestimmten „Allgemeingefühlen", wie Hunger und Durst, höchst wichtige Fingerzeige für die Sorge einer verständigen Ernährung, ohne deshalb eine genaue Kontrolle und wissenschaftliche Erfahrung in diesem Punkte aufzugeben; dasselbe könnte man juristisch vom Rechtsgefühle sagen.

Gewiß liegen große Bedenken gegen die „freie Beweiswürdigung" vor, besonders auch für den Einzelrichter, weil hier persönliche Eigenheiten Einfluß gewinnen können und der einzelne überhaupt bei Beurteilung menschlicher Zuverlässigkeit vielfachen Enttäuschungen ausgesetzt ist. (Heusler a. a. O. S. 224.) Unter anderem liegt meiner Ansicht nach eine große Gefahr in der geflissentlichen Schauspielerei der Leute vor Gericht, in dem „sich als Biedermann geben", wovon mancher Amtsrichter zu erzählen haben wird. — Aber es fehlt doch auch

---

[1]) Leonhardt, Rechtsverhältnisse am Grundeigentum S. 176. — Heffter-Weber, Beweisführung S. 201: „Es können nur solche Gründe in Betracht kommen, welche eine besonnene juristische Logik und die Erfahrungen des Lebens an die Hand geben."

Digitized by Google

nicht an Gegenmitteln; im Zweifel wird doch die dem Laienrichter abgehende psychologische Schulung die Oberhand behalten, und vor allem kommt es auf Kenntnis der örtlichen Verhältnisse an, wie dies u. a. in trefflicher Weise von Merkel in den Schriften des Vereines für Socialpolitik Bd. 34 S. 80, 83, 84, 86, 88, 89 betont wird. Merkel führt dort auch das Urteil eines höheren Preußischen Staatsbeamten an: „Nur die unmittelbare Anschauung macht den richtigen Beamten — alles andere lernt sich; wer aber das Leben richtig beurteilen will, muß es kennen; Bedürfnisse und Beziehungen müssen unmittelbar an ihn herantreten; er muß im Leben stehen.“ Das gilt nicht nur vom Verwaltungsbeamten, sondern ganz gewiß auch vom Richter!

Jedoch kommt es ja auch an dieser Stelle nicht darauf an, die „Position“ der freien Beweiswürdigung an sich zu verteidigen, sondern nur die Vorteile derselben, die man im Strafprozesse voll ausnutzt, auch für das Civilverfahren zu beanspruchen. —

Sodann gewährleisten aber auch die dem Richter zu Gebote stehenden Forschungsmittel und eigentlichen Beweisaufnahmen, insbesondere die Zeugenverhöre — die so manchen Stadtklatsch zu nichte machen, wenn die Hauptverbreiter desselben vor die Gerichtsschranken zur Auskunftserteilung treten müssen! — eine besonders sichere Feststellung des Thatsächlichen.

Und endlich wird jeder Praktiker bestätigen können, daß, wie nach dem Sprichworte das Spiel den „Charakter verdirbt“ d. h. eigentlich recht zeigt, so auch der Prozeß die klug verborgen gehaltene Selbstsucht oder gar Gewissenlosigkeit der Parteien recht bald aufdeckt, so daß der Richter ganz unvermutet in die Lage kommt, einen tieferen Blick in die Verhältnisse zu thun, als die Parteien selbst es ahnen.

Beobachtet der Richter nur die hier angedeuteten und die

Digitized by Google

früher (§ 16) erwähnte Vorsichtsmaßregel, den Gang seiner Beweiswürdigung den Parteien andeutungsweise vorzulegen und ihnen eine Beleuchtung desselben zu gestatten, so sollten doch wohl die ihm zu Gebote stehenden Forschungsmittel zu einer endgültigen Feststellung des Sachverhaltes ausreichen. Es brauchte dann nicht doch noch auf die Eideszuschiebung der Parteien anzukommen. Und wenn diese zwar auf freiem Willen derselben beruht, so ist sie in Wahrheit nur eine Verfügung aus Verzweiflung!

Die Gerichtsübung hat die Rechtsanschauung der Laien in diesem Punkte so getrübt — oder sagt man im geschichtlichen Rückblicke besser: „so wenig aufgeklärt"? —, daß man die Parteien, besonders aus bäuerlichem Stande, häufig ganz allgemein verlangen hört, der Gegner solle schwören — was, ist gleichgültig[1])!

Der Parteieid, da ihn das Gesetz nun einmal zuläßt und ihn leider noch viel zu bequem macht durch die Bestimmungen des § 426 und 415 (s. oben § 13), sollte erst recht die „ultima ratio", ein wahrer „Noteid" sein. Statt dessen ist er in der Praxis, wie auch Bähr (Jahrb. für Dogm. XXV S. 407) bestätigt, so häufig das erste Aushülfsmittel, die Streitenden auseinanderzubringen, — ehe überhaupt noch einmal der Thatbestand mit seinen begleitenden Nebenumständen gründlich durchforscht ist. Ein Spiegelbild davon ist es dann, daß in der

---

[1]) Auch in den Zeugen, die oft ebenso allgemein „für die Klage" benannt werden, leben die alten „Eideshelfer" noch fort.

Nichts ist interessanter, als im Rechtsleben zu beobachten, mit welcher Zähigkeit, aber auch unbewußt teilweise als Aberglauben, sich alte Rechtsanschauungen im Volke erhalten haben. Ich erinnere in diesem Zusammenhange nur daran, daß so häufig schwangere Frauen die Eidesleistung vor Gericht verweigern, was ihnen nach altem Rechte zustand (Siegel, Erholung und Wandelung S. 30[87]).

Digitized by Google

Praxis Auferlegung so farbloser, nichtssagender Eide vorkommt, — ich erinnere mich deren — daß sie der Richter ebensogut selbst hätte ausschwören können!

§ 24.

2. Die praktischen Schattenseiten des Parteieides.

Im § 13 habe ich versucht, den „Mechanismus" und die juristische Seltsamkeit und Bedeutungslosigkeit des Parteieides darzustellen; ich komme hier auf die praktische Seite der Sache und damit auf einen dunkeln Punkt unserer christlichen Kultur. Denn hinter der Unzahl der gerichtlichen Eide, die die Gewissen ängstigen oder abstumpfen, ziehen als Schatten die Meineide und die Falscheide einher.

Es heißt nun Eulen nach Athen tragen, hier noch Worte über die praktische Verwerflichkeit des Parteieides zu machen, zumal da dieser sich glücklich schon durch so viele Anfeindungen hindurch (vergl. beispielsweise die angeführte Schrift von Lippmann) und leider auch in die Civilprozeßordnung des Deutschen Reiches hinüber gerettet hat. Aber wenn ich in der thatkräftigen Mitwirkung des Richters bei Ermittlung und Feststellung des Sachverhaltes und in der „Unmittelbarkeit" unseres Civilverfahrens ein Mittel, ihn nach Möglichkeit wenigstens zurückzudrängen, erblicken muß, so mag es nicht überflüssig erscheinen, hier noch einmal die praktischen Hauptbeschwerdepunkte gegen den Parteieid zusammenzustellen.

Für einen Juristen, der noch nicht im Geschäftseinerlei erlahmt ist, kann nichts peinlicher sein, als das geradezu massenhafte Beeidigen von Parteien (und Zeugen) in stark besetzten Civilsitzungen. Er muß es jedesmal als ein „Armutszeugnis" (Zink a. a. O. S. 266 und 28) empfinden, daß das Gericht

Digitized by Google

erklärt: Ich habe den Sachverhalt nicht ergründen können; jetzt überlasse ich euch Parteien das weitere — die Sachverhaltsfestlegung durch ein Mittel, einen „Mechanismus", wonach die befangene, allernächst beteiligte, durch den Streit aufgehetzte Partei die Behauptungen des Gegners abschwören, d. h. im Grunde ihre Auffassung von der Sache, welche das Gericht längst vor Augen hat, beschwören muß. Und das (vergl. auch Harrasowski, die Parteienvernehmung S. 332), wo man nach dem Gesetze die zweitnächst beteiligten Personen als Zeugen nicht beeidigen soll!

Der Richter soll gleichmütig zusehen, daß die Parteien sich gegenseitig zum Eide zwingen; daß der Gewissenlose den Gewissenhaften auf die Gewissensfolter spannt, wo es dem unparteiischen Richter angeblich verboten wäre, mit Fragen auch nur zu „inquirieren". Und doch kann letzterer nur ein unverzeihliches laisser faire der „Verhandlungsmaxime" darin erblicken, daß jeder Lump einem Ehrenmanne nicht nur auf Grund seines nur allzu leicht gewährten Armenrechts einen Prozeß aufhalst — dagegen kann die Rechtsordnung, auch ohne Annahme einer „Verpflichtung, sich verklagen zu lassen"! ebensowenig schützen, wie gegen Brandstiftung —, sondern auch noch Eide von ihm verlangen darf; daß also der Ehrliche mit seiner Gewissenhaftigkeit, mit einem hochheiligen Beteuerungsmittel dem Gegner den Mangel an Beweismitteln ersetzen muß[1])!

---

[1]) Zink a. a. O. S. 554. Demelius, Schiedseid S. 118[25]. — Aus dem Gesichtskreise des römischen Civilprozesses heraus glaube ich über die Stellung des Richters zum Parteieide zwei Äußerungen Quinctilians (Institutiones rhetoricae lib. V. c. 2 und 6) hier anführen zu können, obwohl ihr Sinn nicht ganz unzweifelhaft sein mag: „Rogandi quoque judices, ut rem potius intueantur ipsam, quam jurejurando alieno [der Partei] suum donent" [ihre eidlich übernommene Pflicht gehöriger Verhandlung der Sache opfern] in Verbindung mit fol-

Digitized by Google

Man wende nicht ein, daß der Parteieid doch im Grunde auf einer Parteiverfügung und -entschließung beruhe, ein „Vergleichsmittel" sei. Wenn so, dann heißt es jedenfalls von dem Prozeßbeteiligten, dem er zugeschoben wird, „coactus voluit". Übrigens kommt das auf Wortspielerei hinaus. Der „Mechanismus" der Eideszuschiebung klammert sich so fest an die Partei an, daß sie nicht eher loskommt, sie belaste denn ihr Gewissen um Geld und Geldeswert mit einem Eide oder ergebe sich hülflos der Gewissenhaftigkeit oder Gewissenlosigkeit des Gegners. Hatte dieser die Wahl, zum Parteieide zu greifen, — sie erwehrt sich vergeblich dieses „Mechanismus"; ihr bleibt keine Wahl übrig. Bährs schöne, oben mitgeteilte Darstellung lehrt das ohne viel weitere Worte zur Genüge; sie zeigt insbesondere auch, daß der Parteieid überhaupt erst dann aus dem „Transaktions"- ein „Beweismittel" wird, erst dann etwas beweist, wenn er von der zuschiebenden Partei ausgeschworen wird, wohin er aber richtiger, soweit überhaupt eine Beeidigung der Partei am Platze war, von vorneherein vom Richter hinzuweisen gewesen wäre.

Hieraus ergiebt sich aber auch auf der anderen Seite, daß sein Wert für den Beweisführer selbst — die Aussicht, durch die Gewissensfolter die Wahrheit vom Gegner zu erpressen — bei Licht besehen recht fragwürdig ist. Der Sache nach kommt er (v. Bar a. a. O. S. 130) in der That nur auf den längst als belanglos erkannten „Gefährdeeid" hinaus. Und der Partei

---

gendem: „At is, qui defert, alioqui agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat, et eum, cujus cognitio est, onere liberat, qui [der Richter] profecto alieno jurejurando [dem der Partei] stari [die Sache abgestellt sehen] quam suo [sc. jurejurando — wie oben] mavult." — Über die amtliche Vereidigung der römischen judices s. Keller, Römischer Civilprozeß § 9 a. E.

Digitized by Google

kann es ziemlich gleichgültig sein, ob der Gegner in gutem Glauben sein Recht behaupte und verteidige oder nicht. Man schaue sich doch nur einmal unter den eigenen Erfahrungen um, ob wohl ein zweifelloser Fall vorgekommen sei, daß durch Eideszuschiebung der Zuschiebende wirklich seine Behauptung wahr gemacht habe; man erinnere sich, daß zumeist beide Teile gleich bereit sind, den Eid in entsprechender Fassung auszuschwören und der widerwärtige Streit sich oft nur darum dreht, wer ihn „auf die Gabel" — wie der gemeine Ausdruck für die drei Schwurfinger lautet — bekommt.

Wer also den Prozeßparteien die Eideszuschiebung nimmt, nimmt ihnen sachlich nicht viel!

Dafür will ich mich schließlich auf das gewiß unparteiische Gutachten unseres bedeutenden Volkswirtschaftslehrers Wilhelm Roscher berufen, welcher in seiner jüngst erschienenen Finanzwissenschaft (Bd. IV der Nationalökonomie S. 279) über Steuerdeklarationen mit eidlicher Bekräftigung folgendes schreibt: „Ein höchst bedenkliches Mittel: festbindend für die Guten, die ohnedies schon die Wahrheit sagen würden; ja diese Guten oft zur übermäßigen, peinlichsten Skrupulosität antreibend, so daß sie jeden zweifelhaften Punkt zu ihren Ungunsten auslegen; wirkungslos für die ganz Irreligiösen; für die Halbreligiösen ebenso leicht ein Weg zu völliger Verstockung, wie zur Wahrheitstreue. Nach Evang. Matth V, 34 ff., XXVI, 63 ff.; Hebr. VI, 16 sollte der Eid, der gerade für gewissenhafte Menschen stets etwas Peinliches hat, nur da gefordert werden, wo alle anderen Prüfungsmittel versagen." Mit anderen Worten: allerdings giebt es sog. anständige Leute, die bei der Steuer, um dieses Beispiel weiter zu gebrauchen, sich nicht scheuen, durch allerlei wunderliche Berechnungen ihres „Nettoeinkommens" den Staat wirklich zu benachteiligen und nur bei Eideszwang mit

Digitized by Google

Zuchthausperspektive davon absehen würden; aber ihre Nebenmänner rechts und links sagen die Wahrheit auch ohne Eid oder die Unwahrheit auch auf Eid — sei es im letzteren Falle auch nur aus Unbedachtsamkeit: das Ergebnis ist dasselbe! Und um jener wenigen willen sollte man doch nicht eine allgemeine Eidespflicht aufstellen.

Auch noch eine Äußerung, so recht aus dem Rechtsleben selbst gegriffen, möchte ich hier anführen, die Dr. Schumacher in seinem Schriftchen „Über Viehhandel und Viehprozesse" 1887 S. 21 macht: „Die alten Friedensrichter und Amtsrichter [der Rheinprovinz], welche dem ländlichen Verkehre ja am nächsten stehen, haben schon oft erklärt, daß der Eid das schlechteste Beweismittel sei, was existiere."

Man darf ferner vom sittlichen Standpunkte aus nie vergessen, daß der Parteieid, mag man ihn juristisch „konstruieren", wie man will, doch immer eine Versicherung unter Anrufen Gottes bleibt, also so ungeeignet wie möglich ist, eine Wahrheit „inter partes" zu schaffen, ein Spielball der Parteiverfügung zu werden. Eine solche Versicherung sollte nur zugelassen werden (Wach, Vorträge S. 168), wo auch nicht ein Schatten des Verdachtes der Unrichtigkeit auf die beschworene Behauptung fallen kann. Sonst kommt es schließlich dahin, wie's neulich in einem Zeitungsaufsatze geschah, daß der Richter geradezu der Mitwirkung beim Meineide geziehen wird, wenn er, obwohl in seinem Inneren von der Unrichtigkeit des zu Beschwörenden überzeugt, den Schiedseid der Partei abnimmt.

Der Parteieid ist zwar das „Ende alles Haders" (Hebräerbrief VI, 16), aber nicht das „maximum remedium expediendarum litium"(fr. 1 de jurejur.) im römischen Sinne; und wollte man seinen „Mechanismus" auf römische Bestimmungen

Digitized by Google

zurückführen, so wäre das nach neueren, rechtsgeschichtlichen Untersuchungen völlig irrig. Jene Bezeichnung würde jetzt sachlich nur auf den richterlichen Eid bezogen werden können. Daß alle Gebildeten, denen besonders die Eidesfassung bei bedingten Rechtsgeschäften ein starker Stein des Anstoßes ist, die Beseitigung oder doch möglichste Zurückdrängung des Parteieides mit Freuden begrüßen würden, glaube ich nicht bezweifeln zu müssen. In ihr hätte man ein wahrhaft praktisches Mittel zur Ausrottung der vielbeklagten Meineidspest!

Und dann noch ein letzter Anklagepunkt gegen den Parteieid. Er enthält für Parteien und Richter eine gefährliche Versuchung, unklare und unzureichende Parteiberedungen durch die eidliche Bekräftigung dessen, was gemeint und gewollt sei, zu verbessern — natürlich die härteste Probe für die Gewissenhaftigkeit der Gegenpartei. Statt in solchen Fällen, wie es nötig wäre (vergl. Lippmann a. a. O. S. 27, S. 38), alle einzelnen Umstände, die ganze Umgebung des Rechtsverhältnisses sorgsam zu untersuchen und zu würdigen, liegt es dem Richter sehr nahe und scheint ihm durch § 426 der C. P. O. gestattet zu sein, die Sache durch Eid „abzumachen". Gewiß ist das ungesetzlich; aber ich meine, auch ein Rechtsinstitut, welches solchen Mißbräuchen ausgesetzt ist, ist kein in sich gesundes.

Zink bemerkt hierüber a. a. O. S. 528: „Bei der Feststellung von Verträgen mit ihrem Inhalte stößt der Eid nicht selten auf eine gefährliche Klippe. Da den meisten derselben einige Unterhandlungen vorhergehen, so ist der entscheidende Augenblick des festen Zusammentreffens der beiderseitigen Absichten und Willen sehr häufig ein so subtiles und unerfaßliches Element, von dem unverbindlichen Hin- und Herreden so schwer zu unterscheiden oder auch in dem Grade der Mißdeutung ausgesetzt, daß die eidliche Bekräftigung der Partei — nur mit der größten Vorsicht und

Digitized by Google

immer mit Mißtrauen aufgenommen zu werden verdient." — Auch hier zeigt sich wieder die bewunderungswürdige Gabe dieses Schriftstellers, den „Sachverhalt" in seiner wahren Bedeutung auseinanderzulegen, auch ohne daß der zutreffende juristische Gesichtspunkt gefunden wäre, — ein wahrer „doctor facti". — Man vergl. hier noch die Bemerkung Bährs, welche oben in § 13 mitgeteilt ist, und v. Bar a. a. O. S. 154.

§ 25.

3. Die Abhülfe. — Wert der Mündlichkeit und einer thatkräftigen Anwendung des Prozeßgesetzes.

De lege ferenda gesprochen sollte man nach dem Gesagten den Parteieid aus dem Civilprozeßverfahren verbannen, wie es beispielsweise doch auch in dem ähnlichen Privatklageverfahren geschehen ist, und seine Lücke, soweit nötig, durch den richterlichen Eid ausfüllen lassen. Weshalb dies nicht bei Schaffung der C. P. O. geschehen, möge man in deren Begründung und in den Kommissionsverhandlungen nachlesen; eine der bewegenden Ursachen war, wie jene (S. 275) sagt, die sichere Erwartung, „daß in Folge der Mündlichkeit des Verfahrens und der freien Beweiswürdigung eine Minderung der Eidesleistungen in erheblichem Maße eintreten" werde. Solch gesetzliche Beseitigung ist aber deshalb wünschenswert, weil sich nach dem bestehenden Rechte der Schiedseid nicht gänzlich den Parteien abschneiden läßt. Lassen sich zwar aus der Sachverhandlung oder den Beweisaufnahmen Gründe gegen die unter Parteieid gestellte Behauptung auffinden, so braucht nach dem im § 10 und 13 Gesagten der Richter diesen gewiß nicht zuzulassen; ist das aber nicht der Fall — und auf Vervielfältigung dieser Zwangslage wird man durch falsche Beschränkungen des richter-

Digitized by Google

lichen Fragerechts u. s. w. immer mehr hinwirken — so ist Gericht und Gegner ohne Gnade dem Belieben des Eideszuschiebenden preisgegeben.

Vom Standpunkte der lex lata sollte man aber wenigstens den durch die Motive selbst gewiesenen Weg gehen und mit Hülfe der richterlichen Forschung durch gründliches Studium der Streitsachen, durch ein gewissenhaftes, sozusagen liebevolles Sichvertiefen in alle Einzelheiten des Falles, das besonders bei Schadensersatzklagen, in Wucher- und Betrugsfällen (s. oben Anm. 2 S. 98) so dringend nötig ist, der Möglichkeit einer Eideszuschiebung vorbeugen. Das letzte Hülfsmittel dazu ist dann noch der richterliche Eid, der seinerseits im Prozeßverfahren unentbehrlich sein mag (s. o.), aber dadurch, daß er gewissermaßen unter Kontrolle des Gerichts bleibt und nur demjenigen auferlegt wird, von dem man eine wahre Aussage erwarten darf, die erheblichsten Vorzüge vor dem Schiedseide aufzuweisen hat.

Daß sich dem auch jetzt noch vorhandenen „Notstande des Eidesrechts" auf Grund der geltenden Vorschriften im großen und ganzen abhelfen läßt, giebt auch Lippmann a. a. O. S. 58 zu. Eine sehr erfreuliche Bestätigung dieser Ansicht finde ich bei Glaser a. a. O. S. 480: „Seit uralten Zeiten behilft sich der Züricher Civilprozeß ohne den Parteieid und die Stelle desselben vertritt, freilich in nicht genügender Weise, die Befragung auf Verlangen der Gegenpartei." Eine taktvolle Anwendung des richterlichen Eides möchte solchen Mangel leicht ausgleichen. — Diese Möglichkeit erscheint mir aber um so bedeutsamer, als eine gesetzliche Änderung anzustreben von vorneherein aus mannigfaltigen Gründen aussichtslos und meines Erachtens auch so lange verwerflich ist, als irgend noch mit dem bisherigen Rechtszustande auszukommen ist. Alle die vielfachen Verbesserungsvorschläge, alles Sturmlaufen gegen den Schiedseid hat

Digitized by Google

sich, soweit ich das zu übersehen vermag, an der großartigen Macht gebrochen, welche auch bei ihm die sog. „Kontinuität der geschichtlichen Entwicklung" oder, von einem andern Gesichtspunkte aus gesagt, das geschichtliche Beharrungsvermögen in sich trägt. Mit vollem Rechte durfte deshalb auch die Begründung zur C. P. O. S. 275 als Gegengrund gegen gänzliche Abschaffung des Parteieides den dann unvermeidlichen „Bruch mit der deutschen Rechtsentwicklung" geltend machen, welchem die „organische Anlehnung an das bestehende Recht" vorzuziehen sei. Auch im Rechtsleben kommt es in hervorragender Weise auf die Übung und Gewöhnung des Publikums und der Juristen an, die bekanntlich trotz aller Gesetze in gewissen Grenzen ihre eigenen alten Wege gehen, wie man dies beispielsweise jetzt in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten bei der C. P. O. erlebt.

Wenn nach Harrasowski a. a. O. S. 358 der Zug der modernen Gesetzgebung auf Zurückdrängung des Parteieides geht, so sollte der Richter, der auf die C. P. O. angewiesen ist, doch diesen wertvollen Wink beachten, um damit einem vielbesprochenen Fluche unseres Volkslebens, der schleichenden Pest der Meineide und Falscheide, nach seinen Kräften und soviel an ihm liegt Abbruch zu thun. Das rechtsuchende Publikum verliert dadurch, wie gesagt (§ 24), nichts und würde sich bald, wenn es fühlt, mit Eideszuschiebungen sei bei den Gerichten nichts mehr zu erreichen, an größere Genauigkeit bei Abschluß seiner Verträge und an eine bessere Sicherung der Beweismittel ganz unvermerkt gewöhnen. Wahrlich kein zu unterschätzender Vorteil! Freilich „kommt alles darauf an", um nochmals Zinks Worte (a. a. O. S. 10) anzuführen, „den Richtern, welche in die neue Bahn einzulenken berufen sind, gleich auf der Schwelle eine gewisse Herzhaftigkeit einzuflößen, sich der neuen Freiheiten, die ihnen zugedacht und unentbehrlich sind, auch ebenso standhaft als mit

Digitized by Google

Umsicht zu bedienen; sie müssen nicht bloß Altes vergessen, sondern auch Neues zu lernen sich herbeilassen. Es kommt darauf an, sie zu vermögen, daß sie einen frischen Anlauf nehmen und kühn über die Grenzen, in welche bisher ihre Amtsgewalt eingezwängt war, hinwegsetzen."

Die Unmittelbarkeit der Verhandlung zwischen Parteien und Richter und das dem letzteren gewährte Mitwirkungsrecht bei Aufdeckung des ursprünglichen Sachverhaltes löst also auch hier, wie beispielsweise bei der Frage, inwiefern der Richter ihm selbst bekannte Thatsachen in den Prozeß einführen dürfe (§ 16), eine wichtige prozessualische Aufgabe und befreit von dem leidigen und geradezu empörenden „Formalismus" oder „Mechanismus" des Parteieides. Jene Unmittelbarkeit, die sog. „Mündlichkeit" unseres Civilprozeßverfahrens, ist nun gewiß eine wundervolle Wiedererrungenschaft (Planck a. a. O. S. 175) desselben und meines Erachtens auch die unumgängliche Voraussetzung der freien thatsächlichen Würdigung: sie ist aber tot und wertlos ohne jenes energische Miteingreifen des Richters bei Gestaltung des Prozeßstoffes. Ohne sie wird man den ganzen kostspieligen Apparat der Unmittelbarkeit, des „persönlichen Erscheinens vor Gericht", bei dem doch die Parteien vom Kopfe bis zum Fuße maskiert durch die Dazwischenkunft der Anwälte (Bähr) auftreten, dieses Erscheinens, um Dinge zu sagen, die das Gericht schon schriftlich vor sich hat; wird man den Grund, weshalb unser Civilprozeß durch die Kostenverteuerung soviel „vornehmer" geworden ist (Justizminister Dr. v. Friedberg), wo es doch schließlich nur beim alten Elende der Parteieide bleibt, einfach nicht verstehen.

Es ist deshalb kein Wunder, daß sich ärgerliche Mißverständ-

Digitized by Google

nisse gegen die C. P. O. erheben, weil jene Mitwirkung praktisch zu wünschen übrigläßt und weil man sie trotz eifrigen Nachsuchens als den eigentlichen Kern der „Mündlichkeit“ noch nicht aufgefunden hat und diese deshalb für eine leere Schale hält. Man beachte außer den beiden bekannten „Prozeßenqueten“ beispielsweise die verschiedenen in letzterer Zeit in den „Grenzboten“ erschienenen Aufsätze, welche sich beschwerend über die C. P. O. verbreiten. Sind das nun auch nicht immer eigentliche Fachurteile, betrachten sie manchmal auch die mangelhafte Handhabung des Gesetzes durch ein bestimmtes Gericht als einen dem Gesetze selbst anhaftenden Mangel — worauf zur Würdigung solcher Äußerungen schon v. Wilmowski (Jur. Wochenschrift 1884 S. 237) hinweist —, so zeigen sie doch, wo „die Leute der Schuh drückt“ — wenn dieser Ausdruck gestattet ist — und nichts sollte für den Sachkenner beachtenswerter sein! So findet sich in der Ausgabe der genannten Zeitschrift vom 30. Juni 1887 bei Besprechung des angeführten Werkes von Schuster folgender Satz: „In England beruht das bürgerliche Prozeßverfahren auf den Klagschriften; nur das, was in ihnen vorgetragen ist, bildet im großen und ganzen den Gegenstand der mündlichen Verhandlung und verschafft den Parteien diejenige Rechtssicherheit, daß ihre Behauptungen vom Gerichte auch gewürdigt werden, wie sie die deutsche C. P. O. zum großen Schaden der Parteien entbehrt.“ Daß dem nicht so ist, soll unten gezeigt werden; die eigentliche Bedeutung der deutschen mündlichen Verhandlung aber ist dabei offenbar nicht genügend ins Auge gefaßt.

Will man die C. P. O. gegen solche Mißverständnisse schützen und den Unwillen so vieler Praktiker und Laien besiegen, so nütze man die Wohlthat des richterlichen Mitwirkungsrechts in mündlicher Verhandlung bis in die äußersten Verzweigungen aus; man beschränke sich vor allem nicht auf Einziehung bloßer Protokolle

Digitized by Google

über Zeugenaussagen und überhaupt auf Anordnung der Beweisaufnahme durch die örtlichen Amtsgerichte[1]), auf ein teilnahmloses Anhören der Parteivertreter, die die Thatsachen, wenn auch nicht nach ihrem Gutdünken und Vorteile, so doch jedenfalls nach ihrer juristischen Auffassung, also nicht mehr ungekünstelt und unbefangen dem Gerichte vortragen, bei näherem Nachforschen die Achseln zucken und zu voller Ausnutzung der prozessualischen Lage aus „nicht sündhafter Prozeßtaktik" so oft dem Gegner alles bestreiten. Man bestehe also nachdrücklichst auf persönlicher Teilnahme der Prozeßparteien an den Verhandlungen[2]) und lasse sie dabei keine „steinernen Gäste" bleiben (v. Bar a. a. O. S. 64, 159); man schone sie nicht, sondern setze ihnen die Daumschrauben unerbittlichen Nachfragens auf.

Ich kann aus der amtsgerichtlichen Praxis, wie ich wiederholt bemerken will, bezeugen, daß eine derartige Handhabung der C. P. O. eine wahre Wohlthat für den Rechtsverkehr und der

---

[1]) Dagegen auch Westerkamp in dem Gutachten für den XII. Juristentag S. 109; v. Bar a. a. O. S. 47 ff., S. 76; und in Holtzendorffs Encyklopädie S. 735; Lippmann, Arch. f. d. civ. Praxis LXX S. 100; Wach, Enquetebeilage bei Busch, Zeitschr. XI S. 122: Die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gerichte „ist einer der stärksten Hebel der Wahrheit und damit der Gerechtigkeit. Daß sie allein geeignet ist, dem urteilenden Richter Einsicht in den wahren Sachverhalt zu geben, wird man selbst dann noch zugestehen müssen, wenn man sich wohl bewußt ist, wie wenig Wert auf den persönlichen Eindruck der Zeugen an und für sich zu legen ist."

Vergl. die Vorschriften der A. G. O.

[2]) So das Landgericht Marburg: Wach, angeführte Enquete S. 15. Man wende nicht ein, daß die kollegialgerichtlichen Sachen wesentlich anderen, sozusagen mehr juristischen als thatsächlichen Inhaltes seien als die der Amtsgerichte; jedenfalls träfe das bei den amtsgerichtlichen Berufungssachen, also nach § 6 am Schlusse einem Drittel ihrer Thätigkeit, nicht zu. — Übrigens habe ich im § 17 selbst bereits bemerkt, daß keineswegs alle Sachen zu einer Anwendung des § 132 der C. P. O. geeignet seien. S. gleich weiter unten.

Digitized by Google

beste Schutz des Publikums gegen faule Schuldner ist, die sich sehr bald, wenn sie erst merken, daß sie an dem Richter bezw. an dem gerichtlichen Formalismus keinen Rückhalt finden, das Prozessieren abgewöhnen. Zur Ergänzung möchte ich allerdings auch noch erwähnen, daß es für die Prozeßpraxis von sehr heilsamem Einflusse ist, wenn von der Aussetzung des Verfahrens nach C. P. O. § 140 zwecks Einleitung eines Strafverfahrens recht ergiebig und unnachsichtlich Gebrauch gemacht wird, um der allerdings noch sichereren Wahrheitsforschung des Strafrichters Raum zu geben. —

Allerdings habe ich damit nun bislang nur der sog. „halben Mündlichkeit" (Bähr) — Maßgeblichkeit der Schriftsätze mit mündlicher Schlußverhandlung — das Wort gesprochen. Ich meine aber in der That auch, daß man es mit § 128 Abs. 3 der C. P. O.: „Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig" nicht so streng zu nehmen braucht. Wie sich vor dem Gerichte die „mündliche Verhandlung" gestaltet, läßt sich ja doch nicht bis ins einzelne vorschreiben; und um dem Buchstaben, wenn auch nicht der Absicht des Gesetzes, zu genügen, könnte man ja immerhin die Rechtfertigung versuchen: um nichts zu übersehen, „kommt es auf wörtlichen Inhalt" der Schriftsätze an (Satz 2 a. a. O.); ein Vorlesen derselben oder eine stillschweigende Bezugnahme auf dieselben soll deshalb statthaft sein. In der That nimmt in meinen Prozeßsitzungen beim Amtsgerichte die mündliche Verhandlung, — wo „die Vorträge der Parteien — in freier Rede" (§ 128 Abs. 2) selbstredend eine einfache Fratze wären! —, diese Form an; da alle drei Prozeßbeteiligten, Parteien und Richter, ja schon den Klaginhalt kennen, besteht sie häufig nur in der Frage des Richters: „Weshalb wollen Sie nicht zahlen?" und der Antwort des Beklagten darauf. Ich ver-

Digitized by Google

weise dafür wiederholt auf die in § 20 am Ende mitgeteilte Äußerung v. Kräwels: „Was die Richter wissen, das brauchen ihnen die Parteien nicht zu sagen"! Und ich meine auch, daß man beim Landgerichte zur Ersparung einer ausführlichen mündlichen Verhandlung die Akten unbesorgt unter sämtlichen Kammermitgliedern umlaufen lassen sollte[1]), übt man später nur recht, möglichst gegenüber persönlich anwesenden Parteien, das Fragerecht. Es würde das die ermüdenden Prozeßverhandlungen sehr wirksam abkürzen! Was man dagegen vorbringt, z. B. Wach, Enquete S. 68 und in seiner Schrift „Civilprozeßordnung und die Praxis" S. 62, erscheint mir gerade als der von ihm bekämpfte „Mündlichkeitsformalismus". Ich verstehe nicht und komme damit allerdings auf die Ansicht von Kräwel (z. B. auch Jahrbb. für Dogmat. XXIV S. 470) und die bekannten Anschauungen von Bähr hinaus, weshalb es ein Vorteil sein soll, daß der Richter dasjenige, was er geschrieben lesen kann, nun noch erst anhören und das, was die Parteien versäumt haben, schriftlich vorzubereiten, mit seinem Schreibgriffel aus der Luft gewissermaßen auffangen und sich notieren soll. Ich will dabei keineswegs den Wert der Beseitigung und Auskehrung desjenigen Vorbringens bestreiten, welches sich nach beendetem Schriftwechsel als überflüssig herausstellt (vergl. Wach, Enquete S. 69, 73[77] und Bähr über dieselbe S. 5), und noch viel weniger die Bedeutsamkeit einer guten mündlichen Vertretung einer

---

[1]) Wach, Civilprozeßordnung und Praxis S. 20, 21, 26; Bähr, Jahrbücher für Dogmat. XXIII S. 366, 407[1] und 411; Lippmann, Arch. f. d. civ. Prax. LXX S. 88; Jäckel, Ein Wort über die Prozeßordnung S. 36[18]; Wach, angeführte Enquete S. 51, 55, 76, wofür sich denn auch die S. 56[59] dort aufgeführten 12 Landgerichte, der Greifswalder Berichterstatter (S. 55[58]) und die Bremer Handelsgerichtskammer (S. 52) aussprechen. — Über die Form der mündlichen Verhandlung bei den Amtsgerichten verweise ich noch auf Kulemann a. a. O. S. 386.

Digitized by Google

Streitsache durch redegewandte Anwälte: aber das alles kann man mit der „mündlichen Schlußverhandlung", wenn man nur will, auch erreichen. Deshalb stehe ich der „reinen" Mündlichkeit, obwohl ich selbst im mündlichen Verfahren der Hannoverschen Prozeßordnung herangebildet bin, recht zweifelnd gegenüber und schließe mich den meisten Bährschen Bedenken gerne an.

Die zahlreich hierüber für und wider vorgetragenen Ansichten sind mir übrigens nicht entgangen, wie ich der Vorsicht halber, da ich sie nicht namentlich anführe, behaupten will.

Ich gehe sogar so weit, daß ich, wenn man überhaupt Neuerungen wollte, für den amtsgerichtlichen Prozeß (hierauf will ich, um nicht über eigene Erfahrung hinaus zu sprechen, meinen Vorschlag beschränken) die Einführung einer bloß fakultativen mündlichen Verhandlung für zweckmäßig erachte[1]), d. h. daß nach Lage der einzelnen Sache auf Antrag oder von Amts wegen beschlossen werden könnte, es sollten nur Schriftsätze gewechselt werden. Es ist in der That nicht recht ersichtlich, was die „mündliche Verhandlung"[2]) in Versäumnissachen, die meist die Eigentümlichkeit haben, daß ihnen der Richter diesen Ausgang im voraus ansehen kann, oder bei einfachen Kauf- und Wechselsachen u. s. w. bezweckt;

---

[1]) Der Aufsatz von Hoffmann bei Gruchot, Beiträge XXIV S. 730 bespricht, trotz zufällig gleichen Namens, ganz etwas Anderes. — Die Warnung O. von Bülows (Arch. f. d. civ. Prax. LXIV S. 11) ist mir bekannt.

[2]) Ein ähnliches Bedürfnis liegt vor, wo der Beklagte nach Klagzustellung die Sachbitte „anerkennen" möchte, ohne doch die Kosten des Versäumnisverfahrens oder die Umstände des „Anerkenntnisses" im Verhandlungstermine zu haben. Es müßte, zumal in landgerichtlichen Sachen, erlaubt und möglich sein, durch einen dem Gegner zuzustellenden Schriftsatz dies zu erklären. Das Mahnverfahren deckt dies Bedürfnis nicht, weil es einmal in der Hand des Klägers liegt, ob er dazu vorerst greifen will, und sodann, weil sein Gebiet („vertretbare Sachen", C. P. O. § 628) zu beschränkt ist.

Digitized by Google

weshalb beispielsweise ein Kaufmann, der seine Sendungen, wie es die jetzigen Verkehrsverhältnisse mitsichbringen, weit umhergehen läßt, wegen der einfachsten handelsrechtlichen Klage vor einem entfernten Gerichte selbst erscheinen oder einen Vertreter dorthin beordern soll. Gewiß genügte es, wenn unter solchen Umständen auf Veranlassung der Partei oder geeigneten Falls von Amts wegen von einer mündlichen Verhandlung bis auf einen rechtzeitig vor dem Termine zu stellenden Antrag des Beklagten abgesehen würde d. h. nur ausnahmsweise, um nicht etwa den schriftlichen Prozeß als vorherrschend wieder einzuschmuggeln. — Ich möchte auf etwas Ähnliches aus dem Strafprozeßrecht aufmerksam machen. Nach der zum Preußischen Forstdiebstahlsgesetze vom 15. April 1878 erlassenen Ministerialverfügung vom 17. Juni 1886 wird nach Erlaß des Strafbefehles der Hauptverhandlungstermin immer erst auf Grund eines mündlich vor Gericht zu erhebenden Einspruchs hin angesetzt, weil er thatsächlich sehr selten erfolgt und auf diese Weise die Zeugenladungen zu einem immer gleich im voraus anberaumten Verhandlungstermine wegfallen können. Jenes Gesetz selbst nämlich setzt voraus, daß sofort mit Einspruch in die Hauptverhandlung eingetreten werde. (Vergl. auch A. G. O. Titel III § 8.) Dagegen müßte man aber auch in allen übrigen Fällen mit der wirklich persönlichen Verhandlung Ernst machen, ja sie nötigen Falls durch Vorführungszwang unterstützen. Man scheue vor diesem nicht unbedingt zurück. Die Unmittelbarkeit des Verfahrens braucht in 50 von 100 Prozeßfällen nicht beobachtet zu werden; dafür muß sie aber, wo es not thut, streng durchgeführt werden. Daß man die vor Gericht gezogene Partei nicht zum Reden zwingen kann, verfängt dagegen ebensowenig wie im Strafprozesse.

Doch dies nur beiläufig und um recht klarzustellen, worin meiner Ansicht nach der Wert der unmittelbaren Verhandlung

Digitized by Google

beruht. Eins darf dabei vor allem nicht verkannt werden und soll hier zum Schlusse nochmals wiederholt sein: schon das Dazwischentreten eines Prozeßbevollmächtigten ist in Wahrheit ein Verstoß gegen den eigentlichen Grundgedanken des Gesetzes, eine böse Art von „Zwischenhandel". Ich verweise dafür noch auf folgende Äußerungen angesehener Schriftsteller. Zink a. a. O. S. 369: „Nichts ist hinderlicher für den Dienst und nichts empörender für den pflichtmäßigen Eifer der Richter, als daß dieselben zwischen sich und den Parteien eine unübersteigliche Scheidewand aufgeführt finden, die sie in ihren Sitzungssälen zurückhält und sie hindert, an der ersten und reinsten Quelle ihre Überzeugung zu schöpfen; die es ihnen unmöglich macht, durch eine offene Rücksprache mit den Personen, welche vertrauensvoll ihr Recht von ihnen erwarten, ihr Gewissen zu erleuchten. Und dennoch ist dieses kostbare Hülfsmittel, welches die Gesetze ausdrücklich ins Leben riefen, in der Dazwischenkunft der Fürsprecher — untergegangen." — Buchta a. a. O. S. VII: „Die Mündlichkeit und Öffentlichkeit — besteht wesentlich darin, daß der Richter soviel als möglich mit den Parteien unmittelbar verhandelt und die thatsächlichen Verhältnisse, wo es nur immer sein kann, ohne das Zwischenorgan der Sachwalter da schöpft, wo die beste Auskunft zu haben ist, bei den streitenden Teilen selbst." — v. Bar a. a. O. S. 146: „Überall, wo ein wirklich befriedigendes Prozeßverfahren bestanden hat, ist das persönliche Erscheinen der Parteien und die unmittelbare Befragung derselben vor Gericht als ein ausgezeichnetes Mittel der Wahrheitserforschung in ausgiebiger Weise benutzt worden. — Jede Stellvertretung im Prozesse macht den Gang desselben unsicher und bietet der Chicane und Lüge den besten Mantel." — Bähr, Rechtsmittel zweiter Instanz S. 43: „Was man Unmittelbarkeit nennt, ist nur eine

Digitized by Google

Schein-Unmittelbarkeit. Denn die Parteien treten ja auf von Kopf bis zu Fuß maskiert durch die Person ihrer Anwälte."

Daß damit dem Rechtsanwalte nicht sein schöner und wichtiger Beruf des „Fürsprechers", des Beistandes der Partei, der ihr das Gefühl der Sicherheit vor den Schranken des Gerichts, insbesondere gegenüber dem an Stand und Mitteln etwa überlegenen Gegner verleiht (Mittermaier a. a. O. S. 76), geraubt werden soll, glaube ich nicht hervorheben zu sollen! —

Würde die „mündliche Verhandlung", der Kernpunkt unseres Civilprozesses, überall im rechten Sinne erfaßt und gleicherweise verwirklicht, so würden die Hauptklagen gegen den wohlgefügten stolzen Bau unseres Prozeßgesetzes ebenso bald verstummen, wie die Anklagen gegen die Hannoversche Bürgerliche Prozeßordnung in ihrem viel kleineren Gebiete. (Vergl. Leonhardt, Zur Reform des Civilprozesses.) Denn so sehr ich Bähr in vielen Punkten nach dem oben Gesagten recht geben muß, so geht doch die Behauptung, mit der C. P. O. sei im Rechtsverkehre nicht durchzukommen, meines Ermessens zu weit, wenn Richter, Parteivertreter und Parteien nur das Ihrige thun. Und ohne solche Voraussetzung kann überhaupt kein Prozeßgesetz bestehen. Gegen die übeln Folgen der Nachlässigkeit und Pflichtwidrigkeit, gegen den Einfluß richterlicher Mißgriffe und Irrungen — der Mißverständnisse, die die Schrift ebensowenig ausschließt wie die Rede, — sind ja überhaupt keine Mittel bislang erfunden; und wenn man sie durch ausreichende Kontrolle des Berufungsgerichts aus der ersten Instanz verbannt hätte, so sind sie bei dem letzteren nicht zu vermeiden. Erfaßt aber das Gericht seine Mitwirkungspflicht, wie ich sie darzustellen versucht habe, voll und ganz; ist es insbesondere von dem Gebote, das Fragerecht auszuüben, welches notwendig (worauf auch § 388

Digitized by Google

der C. P. O. hindeutet) auf die Kenntnisnahme der Schriftsätze verweist, durchdrungen; von der Wichtigkeit, den Sachverhalt und die Beweisergebnisse (im weiteren Sinne) in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung mit den Parteien durchzugehen und durchzusprechen, ganz erfüllt; von seiner Befugnis, im Streitfalle zum ursprünglichen Sachverhalte durchzudringen, überzeugt; hilft schließlich der Rechtssinn und das lebhafte Selbstinteresse der anwesenden Parteien (man denke an C. P. O. § 81!) bei dem allen mit, so braucht man meines Erachtens nicht, wie manche wollen, in dem § 270 der C. P. O. das „auf Antrag" zu streichen oder gar die so gewonnene schriftliche Grundlage mit Umsturz des eigentlichsten Grundsatzes der C. P. O. für allein maßgeblich zu erklären. Für den amtsgerichtlichen Prozeß mit seiner entsprechenden Vorschrift in § 470 halte ich wenigstens — um mit meinem Urteile auch hier nicht aus dem Kreise eigener, unmittelbarer Beobachtung herauszutreten — dies nicht für erforderlich! —

Und dann noch ein Schlußwort. Sollte ich für die richterliche Mitwirkungspflicht in einzelnen Punkten ein zu weites Gebiet beansprucht haben, so möge man darin die Wirkung des natürlichen Rückstoßes gegen Lehren finden, die jene allzusehr beschneiden und beschränken wollen und dadurch den nicht wegzuleugnenden Bedürfnissen des Rechtslebens nicht gerecht werden; m. E. war jene Mitwirkungspflicht bislang in Theorie und Praxis ganz gewiß noch nicht in ihre vollen Rechte eingesetzt — Soll ich aus eigener Erfahrung sprechen, so kann ich bezeugen, daß mich die Überwindung des Bannes der „Verhandlungsmaxime" keinen geringen Kampf gekostet hat.

De lege lata habe ich schreiben wollen; ist mein Versuch verfehlt, so dient er vielleicht dazu, den Wert der Verhandlungsmaxime recht klarzustellen, wie man die Kraft und den Wert

Digitized by Google

eines Gegners erst dadurch recht erprobt, daß man ihn bekämpft! Und die Wichtigkeit einer solchen prozessualischen Untersuchung wird man auch jetzt, wo der Entwurf des Reichscivilgesetzbuches das juristische Interesse so wesentlich für sich beansprucht, nicht verkennen, wenn man beachtet, daß auch die beste Regelung der Privatrechtsverhältnisse an einer unzutreffenden Handhabung der Prozeßgesetze unfehlbar Schiffbruch leidet, also nutzlos wird.

Nienburg, 7. Juni 1888.

Digitized by Google

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

Verlag von Duncker & Humblot in Leipzig.

Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Von **Adolf Wach.** Erster Band. XVI, 690 S. 1885.
Preis 15 M. 60 Pf.; geb. 18 M. 10 Pf.

Die Civilprozeßordnung und die Praxis. Von **Adolf Wach.** VI, 65 S. 1886. Preis 1 M. 20 Pf.

Die Klagänderung. Von **Richard Schmidt.** IX, 244 S. 1888.
Preis 5 M. 40 Pf.

Der Urkunden- und Wechselprozeß. Von **Friedrich Stein.** X, 376 S. 1887. Preis 6 M. 80 Pf.

Das deutsche Civilprozeßrecht mit Rücksicht auf die Justizgesetzgebung des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Von **L. von Bar.** Zweite, vermehrte Ausgabe. VIII, 96 S. 1882. Preis 2 M.; geb. 2 M. 60 Pf.

Beiträge zur Theorie des Klagerechts. Von **Alexander Plósz.** VII, 173 S. 1880. Preis 4 M.

Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Ein Beitrag zu den Grundlehren des Aktionen- und Prozeßrechts. Von **J. Weismann.** VIII, 176 S. 1886. Preis 4 M.

Handbuch des Strafprozesses. Von **Julius Glaser.** Zwei Bände. Preis 29 M. 60 Pf.; geb. 34 M. 60 Pf.
I. Bd.: XVI, 756 S. 1883. Preis 16 M.; geb. 18 M. 50 Pf.
II. Bd: XII, 602 S. 1885. Preis 13 M. 60 Pf.; geb. 16 M. 10 Pf.

Grundriß des deutschen Strafprozeßrechts. Von **Karl Binding.** Zweite, verbesserte Auflage. VIII, 213 S. 1886.
Preis in Lwd. cart. 4 M. 80 Pf.

Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß. Von **Julius Glaser.** X, 414 S. 1883. Preis 9 M.

Das deutsche Strafprozeßrecht mit Rücksicht auf die Justizgesetze des Deutschen Reichs in den Grundzügen systematisch dargestellt. Von **R. John.** Zweite, ergänzte Ausgabe. VI, 83 S. 1882. Preis 2 M.; kart. 2 M. 60 Pf.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google